

# Pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence



## Avertissement

La présente partie a été rédigée alors que certaines décisions de l'Autorité de la concurrence faisaient l'objet d'un recours toujours pendant devant la cour d'appel de Paris.

Le lecteur trouvera en fin d'ouvrage un tableau listant les décisions de 2009 ayant fait l'objet d'un recours, et indiquant le cas échéant, la position adoptée par la cour d'appel de Paris.

Par ailleurs, l'analyse qui suit ne prétend pas à l'exhaustivité. Le choix des décisions et le contenu de l'analyse sont faits sous la responsabilité de l'Autorité de la concurrence.

Les utilisateurs sont invités à se reporter aux décisions et arrêts originaux pour apprécier de façon exacte le contexte et la portée des points de droit qui sont présentés. Ces développements ont pour vocation première de mettre en évidence les points de droit nouveaux tranchés par l'Autorité de la concurrence au cours de l'année écoulée. Ils permettent également de faciliter la recherche des confirmations significatives de jurisprudences plus anciennes et, s'agissant des questions qui supposent, dossier par dossier, une pondération par les circonstances propres à l'affaire considérée, de retrouver des précédents utiles pour évaluer une situation donnée, sans qu'il soit pour autant toujours possible d'en déduire de façon certaine la solution résultant d'une application à une nouvelle espèce.

# Pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence

<b>Les marchés pertinents</b>	153
<b>Le marché pertinent de produit ou de service</b>	154
La substituabilité du point de vue des demandeurs	154
La substituabilité de l'offre	161
<b>Le marché géographique</b>	162
Dimension régionale ou locale	163
Dimension nationale	165
Dimension nationale et locale	166
<b>Contrôle des pratiques anticoncurrentielles</b>	166
<b>Applicabilité du droit de la concurrence, prescription et procédure</b>	166
Champ de compétence de l'Autorité de la concurrence	166
Prescription	173
Déroulement de la procédure	174
<b>Ententes illicites</b>	183
Les concours de volontés	183
Les différentes restrictions de concurrence	194
Les exemptions (articles L. 420-4 du Code de commerce et 101, paragraphe 3 du TFUE)	212
<b>Pratiques abusives</b>	214
Les abus de position dominante	214
Abus de dépendance économique	229
<b>Prix abusivement bas</b>	230
<b>Mesures conservatoires</b>	230
<b>Imputabilité</b>	232
Du comportement de la filiale à la société mère	232

<b>Politique de l’Autorité de la concurrence en matière de sanctions</b>	234
Aspect correctif : les injonctions	235
Aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions	238
<b>Les engagements</b>	249
<b>Contrôle des concentrations</b>	258
<b>Notion de concentration</b>	258
Participation minoritaire et contrôle conjoint	259
Fusion de fait – Restructuration interne	263
Contrôle sur une base purement contractuelle	264
Les opérations transitoires	264
Opérations interdépendantes	265
Entreprises communes – Notion de plein exercice	266
<b>Les seuils de contrôle</b>	267
<b>Analyse concurrentielle</b>	268
Les effets horizontaux	268
Les concentrations verticales	272
Les effets congloméraux	279
<b>Les restrictions directement liées et nécessaires</b>	282
<b>Les mesures correctives</b>	283
Les mesures structurelles	284
Les mesures comportementales	286
<b>Activité consultative</b>	287
<b>Avis rendus sur des projets de textes législatifs ou réglementaires</b>	288
<b>Fonctionnement concurrentiel des marchés</b>	300
<b>Avis rendus aux régulateurs</b>	322

*Avertissement : l’activité de l’Autorité de la concurrence a débuté le 2 mars 2009. La présente partie analyse donc des décisions et avis rendus à la fois par le Conseil et par l’Autorité de la concurrence.*

# Pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence

## Les marchés pertinents

La délimitation du marché pertinent est essentielle en droit de la concurrence, car elle permet d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises et d'apprécier leur pouvoir de marché, c'est-à-dire leur capacité à augmenter leur prix au-delà du prix concurrentiel sans que la baisse des ventes qui en résulte annule la hausse des profits escomptés. En matière de contrôle des concentrations, il s'agira d'apprécier si le rapprochement entre entreprises actives sur un même marché ou sur des marchés connexes est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante. Pour la qualification des pratiques anticoncurrentielles, l'existence d'une position dominante est recherchée sur un marché pertinent. De plus, pour les abus de position dominante comme pour les ententes, la délimitation des marchés pertinents affectés par les pratiques permet d'apprécier les effets de ces pratiques sur la concurrence, et plus particulièrement d'évaluer le dommage à l'économie.

Le Conseil de la concurrence a donné, dans ses rapports précédents, la définition suivante du marché pertinent : « *Le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. À l'inverse, un offreur sur un marché n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire*

*une même demande.*» Cette définition a été reprise par l'Autorité dans les décisions **09-D-14; 09-D-30; 09-D-36; 09-D-40**.

La délimitation du marché pertinent doit donc procéder de l'examen des caractéristiques objectives du produit en cause mais aussi des conditions de concurrence et de structure de la demande et de l'offre.

Cette définition peut varier au fil du temps, à mesure que les caractéristiques des produits et des services évoluent et que les possibilités de substitution, du côté de la demande ou de l'offre, se modifient. Dès lors, l'Autorité, dans le cadre de son activité de contrôle des pratiques anticoncurrentielles, apprécie le marché dans sa situation contemporaine des pratiques (**09-D-17**). À l'inverse, en contrôle des concentrations, l'Autorité tient compte des évolutions en cours ou anticipées pouvant affecter le fonctionnement d'un marché dans un horizon de temps raisonnable.

La délimitation du marché pertinent se fait en deux étapes : dans un premier temps, l'Autorité identifie les biens et services qui s'échangent sur ce marché ; dans un second temps, elle définit la zone géographique concernée.

Le Conseil, et l'Autorité à sa suite, ont rappelé que lorsque les pratiques qui ont fait l'objet de la notification de griefs sont recherchées au titre de la prohibition des ententes, il n'est alors pas nécessaire de définir le marché avec la même précision qu'en matière d'abus de position dominante : il suffit que le marché soit apprécié avec suffisamment de précision pour permettre d'apprécier les effets des pratiques incriminées (**09-D-05; 09-D-07; 09-D-17**).

Enfin, il convient de noter que les autorités de concurrence, tant nationales que communautaires, préfèrent, lorsque la segmentation d'un marché n'apporterait aucune information supplémentaire sur le pouvoir de marché dont dispose l'entreprise concernée et sur les effets sur la concurrence, laisser la question ouverte (**09-D-24; 09-D-36**). En contrôle des concentrations, la délimitation exacte des marchés pertinents n'est ainsi précisée que lorsque l'opération est susceptible de porter atteinte à la concurrence sur l'un des marchés possibles.

## **Le marché pertinent de produit ou de service**

Le marché est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. Une substituabilité parfaite s'observant rarement, l'Autorité considère que sont substituables et par conséquent se situent sur un même marché, les produits et les services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande (**09-D-14**).

### ***La substituabilité du point de vue des demandeurs***

Si la substituabilité de différents biens ou services entre eux se mesure, en principe, au moyen des élasticités-prix croisées de ces différents biens ou services, la mesure précise de ces élasticités n'est pas disponible pour la plupart des biens ou

services. L'Autorité les apprécie donc de manière qualitative en se fondant sur différents indices tels que la nature du bien, l'utilisation qui en est faite, les caractéristiques de l'offre (les stratégies de commercialisation mises en place par les offreurs, comme la différenciation des produits ou celle des modes de distribution), l'environnement juridique, les différences de prix ou les préférences des demandeurs. Tous ces indices permettent d'apprécier quel serait le comportement du demandeur en cas de hausse relative du prix des biens ou services en cause. L'analyse des marchés pertinents est donc souvent complexe et suppose de croiser plusieurs critères d'analyse (faisceau d'indices).

### L'identité et les caractéristiques des demandeurs

#### *Les caractéristiques des demandeurs*

Les marchés sont analysés en tenant compte de l'identité et du comportement des clients. Ces comportements peuvent différer d'un groupe de demandeurs à l'autre, modifiant ainsi les structures du marché.

Ainsi, le Conseil a rappelé, concernant la presse spécialisée grand public à vocation locale ou nationale, que différents marchés peuvent être segmentés en fonction du contenu éditorial, de la présentation, de la périodicité, de la politique commerciale mais aussi des caractéristiques en matière de sexe, d'âge, de catégories socioprofessionnelles, de revenus et de domicile des lecteurs **(09-D-03)**.

De même, l'Autorité a rappelé que selon une jurisprudence et une pratique juridictionnelle constantes relatives aux secteurs des spécialités pharmaceutiques, les possibilités de substitution entre les médicaments sont limitées non seulement par leurs indications et contre-indications thérapeutiques respectives – qui dépendent elles-mêmes des propriétés pharmacologiques des produits – mais aussi par le point de vue des médecins les prescrivant.

L'Autorité a, dans la même décision, distingué le marché dit de la « ville », sur lequel opèrent les officines, et le marché hospitalier. Ces deux marchés diffèrent en raison de l'absence de substituabilité de la demande émanant, pour le premier, des patients et pour le second, des hôpitaux **(09-D-28)**.

Dans une décision **09-D-16**, l'Autorité a constaté qu'il n'existait pas de marché des logiciels de gestion des ressources humaines destinés spécifiquement aux universités mais un marché plus large s'étendant aux logiciels remplissant les mêmes fonctions pour les administrations publiques. L'Autorité a estimé que les spécificités de la demande émanant des universités, alléguées par le saisissant, ne venaient pas remettre en cause la substituabilité du logiciel *ad hoc* qu'il commercialisait par des logiciels destinés à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique **(09-D-16)**.

De même, l'Autorité a estimé, dans une affaire relative à des pratiques commises dans le secteur de la location-gestion de bacs plastiques et de palettes, que la demande de location-gestion de palettes à l'usage des expéditeurs de fruits et

légumes ne présentait pas de spécificités suffisamment notables pour que soit reconnu un marché propre à ce secteur **(09-D-33)**.

Dans une décision relative à l'acquisition du groupe Team Ouest par la société France Frais **(09-DCC-50)**, l'Autorité a rappelé que, s'agissant de la distribution de gros de produits alimentaires, il convenait de distinguer différentes catégories de demandeurs ayant des besoins spécifiques, notamment en matière de conditionnement des produits : la grande distribution et les commerces à dominante alimentaire d'une part, les professionnels de la restauration hors domicile (RHD) d'autre part, et enfin l'industrie agroalimentaire. La RHD regroupe notamment les cafés-hôtels-restaurants (CHR), les chaînes de restauration et les collectivités. Toutefois, au cas d'espèce, l'Autorité a relevé que les commerces de proximité comme les bouchers-charcutiers, boulangers et crémiers, exprimaient des besoins identiques aux CHR en matière de produits laitiers et étaient livrés dans les mêmes conditions commerciales et techniques. L'Autorité a donc considéré qu'ils constituaient un même segment de clientèle. À l'inverse, dans la décision **09-DCC-48** relative à l'acquisition par la société LDC Traiteur de la société Marie, l'Autorité a considéré qu'il convenait de distinguer la RHD des bouchers-charcutiers artisans sur le marché de la viande fraîche de volaille, ces deux catégories d'acheteurs ayant des besoins spécifiques en termes de volumes, calibrage et conditionnement de viande de volaille. Enfin, sur le marché de la collecte de céréales, l'Autorité a rejeté une segmentation en fonction du type de céréales, dans la mesure où les organismes collecteurs pouvaient stocker n'importe quel type de céréales en fonction des besoins des agriculteurs qui s'adressent à eux **(09-DCC-38)**.

Enfin, l'Autorité a rappelé, dans une décision **09-MC-02**, que si les services de SMS utilisent les canaux de signalisation des services vocaux de la téléphonie mobile et qu'il est techniquement impossible d'isoler une prestation de service de SMS indépendante de la voix, l'envoi d'un SMS n'est pas considéré par les consommateurs comme substituable à un appel vocal **(09-MC-02)**.

### *Distinction entre marché amont et marché aval*

L'existence de groupes distincts de demandeurs est également un indice utile dans la délimitation d'un marché pertinent.

Statuant sur des pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom, l'Autorité a distingué, se fondant sur sa pratique décisionnelle constante concernant les marchés de la téléphonie mobile, l'existence, en amont des marchés de services de téléphonie mobile, de trois marchés pertinents de terminaison des appels correspondant aux trois réseaux GSM en service **(09-D-15 ; 09-D-36)**.

Dans une décision **(09-D-21)** relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de travaux de lignes aériennes à haute tension, l'Autorité a distingué le marché de l'utilisation du réseau de transport haute et très haute tension des marchés de la production, de la vente en gros et au détail d'électricité. L'Autorité a rappelé, à cette occasion, que ces derniers sont organisés en trois niveaux :

- le marché de la production, qui se situe en amont et comprend l'électricité produite par les centrales et celle importée par le biais des interconnexions ;
- le marché de la vente d'électricité en gros, situé au niveau intermédiaire, sur lequel les producteurs nationaux et les importateurs vendent les quantités physiques produites ou importées, aux revendeurs et aux consommateurs achetant directement sur le marché de gros ;
- le marché de détail, situé en aval.

Saisie d'une demande de mesures conservatoires présentée par la société DKT International dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques, l'Autorité a estimé qu'il pourrait être envisageable de subdiviser en plusieurs marchés pertinents, le marché dit de « valorisation », qui constitue l'un des trois marchés reconnus par la Commission européenne dans le secteur des éco-organismes (décisions du 20 avril 2001, 2001/463/CE, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland AG*, JOCE L 166, p. 1 et du 15 juin 2001, 2001/663/CE, *Éco-Emballages*, JOCE L 233, p. 37). À cet égard, l'Autorité a précisé qu'elle pourrait alors être amenée à distinguer, en amont, un marché de l'achat direct aux collectivités de leurs déchets d'emballages en plastique triés et, en aval, un marché de revente soit à un intermédiaire soit aux entreprises de recyclage qui transforment les déchets en matières premières secondaires (09-D-33).

### *Appels d'offres et marché pertinent*

Dans le cas de pratiques d'ententes relevées dans le cadre de réponses à des appels d'offres, chaque consultation est considérée comme un marché en soi, la demande étant circonscrite dans les cahiers des charges (09-D-10 ; 09-D-33 ; 09-D-18).

Toutefois, le Conseil a rappelé que, s'agissant de l'appréciation de la dominance d'une entreprise, l'analyse du marché pertinent n'est pas limitée à ces marchés instantanés que constituent les appels d'offres. En effet, pour déterminer si une entreprise active dans un secteur qui fonctionne par appel d'offres détient une position dominante, il peut être pertinent de retenir non pas le marché particulier résultant du croisement d'un appel d'offres et des soumissions qui ont été déposées en réponse, mais le marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné (09-D-10).

Enfin, le Conseil a rappelé, les années précédentes, que si plusieurs appels d'offres constituent des marchés pertinents différents, une entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés peut être sanctionnée si elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts. Dans un arrêt du 14 janvier 2003, la cour d'appel de Paris avait ainsi estimé : « *Considérant que chaque marché public passé selon la procédure de l'appel d'offres constitue un marché de référence, résultant de la confrontation concrète, à l'occasion de l'appel d'offres, d'une demande du maître de l'ouvrage et des propositions faites par les candidats qui répondent à l'appel; considérant que si cette circonstance permet de délimiter et d'identifier le marché de référence, peuvent néanmoins être sanctionnées en application de l'article L. 420-1 du Code de commerce, non seulement les pratiques anticoncurrentielles affectant exclusivement ce marché, mais aussi l'entente organisée à un échelon plus vaste que*

*chacun des marchés considérés et produisant des effets sur lesdits marchés, en ce qu'elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts.»* Des ententes peuvent donc être appréciées au niveau d'un marché global composé de plusieurs appels d'offres, lots ou sous-marchés.

## **La nature ou la fonction organique d'un produit, ses caractéristiques physiques et matérielles**

Les demandeurs peuvent considérer que différents biens ou services sont ou ne sont pas substituables entre eux, eu égard à la nature ou aux caractéristiques des biens et services concernés. Ces éléments sont en effet essentiels aux yeux des demandeurs.

Par exemple, dans la décision **09-DCC-48** précitée et la décision relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles (**09-DCC-67**), l'Autorité a eu l'occasion de rappeler la pertinence d'une segmentation du marché de la viande fraîche de volaille en fonction de l'espèce, y compris entre la dinde et le poulet en raison de différences significatives de goût : la viande de dinde est généralement considérée comme moins goûteuse et plus sèche que celle de poulet. Une segmentation entre la viande fraîche de volaille sous label et la viande fraîche de volaille standard s'avère également justifiée en raison des différences de prix, de qualité et de goût existant entre ces deux types de viandes. En outre, concernant les marchés de la collecte de volailles vivantes en vue de l'abattage, une distinction entre la collecte de poulets et la collecte de dindes a été envisagée compte tenu du fait que les chaînes d'abattage sont généralement spécialisées par espèce pour des raisons techniques : la taille et le poids diffèrent significativement entre un poulet et une dinde, nécessitant un réglage spécifique des chaînes qui ne peut être modifié suffisamment rapidement (**09-DCC-67**).

Dans une affaire **09-D-28**, l'Autorité a estimé, pour caractériser l'hypothèse de l'existence d'un marché propre au « fentanyl », que des médicaments appartenant au même sous-groupe de classification thérapeutique et pharmacologique du système de classification anatomique, thérapeutique et chimique (ACT) édicté par l'Organisation mondiale de la santé et ayant les mêmes indications thérapeutiques peuvent ne pas être substituables en raison de certaines de leurs caractéristiques propres. L'Autorité a ainsi relevé, parmi les antalgiques opioïdes forts pour le traitement des douleurs, la spécificité du « fentanyl », qui se distingue en ce qu'il :

- s'avère plus efficace que les autres produits et est dès lors prescrit en « seconde intention », c'est-à-dire lorsque les autres traitements ont été délivrés ;
- est administré sous une forme galénique différente (patch), ce qui entraîne un certain nombre de conséquences importantes quant aux effets secondaires et aux contre-indications.

De même, l'Autorité a considéré, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football, que le marché de la commercialisation et de la gestion des droits marketing sportifs se distingue du marché de la gestion des droits audiovisuels notamment en raison des spécificités de l'objet des transactions

qui y sont conclues. En effet, la cession des droits de retransmission audiovisuels à un diffuseur ne peut être assimilée à la commercialisation de droits marketing, qui se distingue par sa diversité : « panneautique », « hospitalité », *namings*, visibilité sur les sites de compétition, maillots de joueurs (09-D-31).

Enfin, dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom sur les marchés de la téléphonie mobile et de l'Internet haut débit, l'Autorité a rappelé que si la pratique constante du Conseil de la concurrence l'avait conduit à identifier un marché des services de téléphonie mobile distinct du marché des services de téléphonie fixe, les relations entre les deux marchés sont de plus en plus étroites, notamment en raison du lancement d'offres permettant à des appels mobiles de transiter par une boucle locale fixe et venant concurrencer directement certaines offres de communication des opérateurs fixes (09-D-16).

### Les modalités de distribution

Le Conseil a rappelé, dans deux décisions concernant le secteur de la distribution de la presse, que la vente de la presse au numéro a été reconnue de façon constante comme un marché distinct de la vente par abonnement (09-D-02; 09-D-04).

Dans une décision 09-D-06, le Conseil a rappelé que la vente sur Internet constitue un critère de distinction des marchés.

### Le positionnement commercial des produits et l'image de marque

Sur les marchés de la commercialisation de produits alimentaires en GMS, la question d'une segmentation entre les produits vendus sous la marque du distributeur (MDD) et les produits vendus sous la marque des fabricants (MDF) se pose dans la mesure où le positionnement commercial de ces produits est distinct, lié à une différenciation en termes de processus de fabrication, de recette et de savoir-faire. La notoriété des marques de fabricants est l'un des éléments importants à apprécier pour évaluer la substituabilité du point de vue de la demande entre un produit MDD et un produit MDF.

Ainsi, l'Autorité de la concurrence a considéré dans la décision 09-DCC-67 que, s'agissant du marché de la viande fraîche de volaille, l'absence de notoriété des marques de fabricant permettait de considérer que les MDD exerçaient une véritable pression concurrentielle sur les MDF, malgré des différences importantes dans le processus d'achat entre ces produits. À l'inverse, dans cette même décision, concernant le marché des élaborés cuits tels que les panés, émincés et rôtis à base de viande de volaille, l'Autorité a relevé que ces produits sont fortement différenciés selon le processus, la recette et le savoir-faire utilisés et que les principales marques de fabricants présentes sur ce marché bénéficiaient d'une réelle notoriété auprès du consommateur. Compte tenu de ces éléments, l'Autorité a considéré que les élaborés cuits vendus sous MDD et ceux vendus sous MDF n'étaient pas substituables et n'appartenaient donc pas au même marché.

En ce qui concerne la distribution de véhicules automobiles, la pratique décisionnelle de l'Autorité **(09-DCC-01)** établit plusieurs distinctions entre les véhicules automobiles particuliers et commerciaux, en fonction de l'identité de l'acheteur (particuliers/professionnels) et entre les véhicules neufs et d'occasion, conformément à la pratique du ministre de l'Économie. Toutefois, à l'occasion de l'examen de l'acquisition par Neubauer Distribution de la société Charles Pozzi **(09-DCC-75)**, l'Autorité a considéré que les véhicules de sport coupés, produits par des constructeurs tels que Ferrari, Maserati, Lamborghini..., n'étaient pas substituables aux autres types de véhicules (mini-voitures, petites voitures, voitures moyennes, voitures moyennes supérieures, voitures haut de gamme, voitures de luxe, véhicules multi-usages...) compte tenu de leurs caractéristiques en termes d'image, de marque et de prix. Concernant les autres types de véhicules, la Commission européenne avait considéré que les frontières entre les segments étaient brouillées dans la mesure où les consommateurs choisissent leur véhicule en fonction d'une combinaison variable de paramètres tels que la taille, la marque, le prix, l'image, les équipements et accessoires proposés.

### Les différences de prix

Un écart de prix substantiel et durable entre différents produits peut être un indice de non-substituabilité entre ces derniers et donc de non-appartenance au même marché **(09-D-31)**.

Le Conseil, dans une décision portant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente de voyages en ligne, a souligné, dans sa délimitation du marché des services d'agence de voyages prestés pour les voyages de loisir, que la circonstance que les « cyber-consommateurs » de services de voyage répondent à un profil particulier – plus volatil, plus exigeant, plus expert et privilégiant le meilleur rapport qualité-prix – ne saurait remettre en cause la substituabilité du point de vue de la demande entre les services rendus par les agences de voyages virtuelles et ceux rendus par les agences traditionnelles **(09-D-06)**.

À l'inverse, l'existence de prix relativement comparables ne signifie pas nécessairement que deux produits appartiennent au même marché. Par exemple, dans la décision **09-DCC-54** relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans par la société Transport et Logistique Partenaires (groupe SNCF), l'Autorité a considéré que le transport combiné rail-route (TCRR) constituait un marché distinct de celui du transport routier de marchandises malgré une proximité des prix des deux modes de transport de marchandises sur moyenne et longue distance. En effet, si d'après le test de marché réalisé, une augmentation de 5 à 10 % du prix du TCRR engendrerait un report de la demande sur le transport routier, l'instruction a établi que ce report ne saurait être immédiat (délai d'environ un an) en raison de la nécessité pour les transporteurs routiers d'adapter leur offre pour réaliser un transport de bout en bout (modification de la logistique mais également acquisition de camions supplémentaires et recrutement de personnels). Le transport routier est donc apparu comme un substitut imparfait du TCRR, d'autant plus que les clients finaux sont de plus en plus sensibles aux aspects environnementaux

et que le TCRR peut, dans certains cas, garantir un transport plus rapide d'un plus grand volume de marchandises.

### L'environnement juridique

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, le Conseil a distingué le marché pertinent du travail temporaire des autres marchés de travail flexible, et ce même si une relative substituabilité d'autres formes de travail flexible peut s'avérer envisageable. Le travail temporaire diffère cependant nettement en ce qu'il est soumis à une réglementation et à un risque juridique particulier **(09-D-05)**.

### *La substituabilité de l'offre*

L'Autorité s'appuie parfois sur des indices relatifs aux possibilités d'entrée sur le marché, c'est-à-dire à la substituabilité de l'offre, lorsqu'ils confortent l'analyse faite dans un premier temps de la substituabilité de la demande.

Le Conseil, dans une décision portant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente de voyages en ligne, a considéré, dans sa délimitation du marché des services d'agence de voyages prestés pour les voyages de loisir, que les services d'agence de voyages en ligne sont sur le même marché que les agences de voyage traditionnelles du point de vue de l'offre. En effet, il s'avère que les agences de voyage en ligne et les agences traditionnelles exercent les unes sur les autres une pression concurrentielle en termes de prix car les consommateurs sont très sensibles au coût de la prestation vendue et utilisent Internet pour s'informer sur les différentes offres. De même, bien que leurs structures de coûts soient différentes et que les deux types d'agences connaissent des contraintes spécifiques, il n'existe pas de barrières à l'entrée sur le marché en ligne. Ainsi, il est aisé pour les entreprises offrant de tels services de passer des agences traditionnelles aux agences en ligne. Par ailleurs, il est de plus en plus courant de rencontrer des enseignes sur Internet qui ouvrent leurs points de vente. Le Conseil a ainsi relevé que les opérateurs s'adaptent à la versatilité de la demande en adoptant une stratégie multicanal fondée sur la présence d'agences *brick and mortar* et d'agences virtuelles **(09-D-06)**.

De même, l'Autorité a souligné, dans la décision **09-DCC-48** concernant les marchés des produits traiteur frais commercialisés en GMS, que les mêmes fabricants fournissent la grande distribution en produits sous MDD et en produits sous leur marque, de sorte que leur position sur ces deux segments sont interdépendantes. Au cas d'espèce, et compte tenu de l'absence de marques notoires, les produits traiteur frais vendus sous MDD et ceux vendus sous MDF ont été considérés comme substituables. L'Autorité a par ailleurs écarté une segmentation des produits traiteur frais en fonction de l'origine des recettes. En effet, la question de la substituabilité entre les produits traiteur « exotiques » (par exemple les nems ou les sushis) et les autres produits se pose du point de vue de la demande, compte tenu de la spécificité des produits considérés. Toutefois, l'Autorité a relevé que le mode de fabrication des produits était plus structurant du côté de l'offre que

l'origine des recettes : ainsi, les nems nécessitent l'utilisation de « lignes de friture » tout comme les panés, tandis que les pizzas peuvent être fabriquées sur les mêmes lignes de production que les tartes salées ou flambées. Ainsi, compte tenu de la substituabilité du côté de l'offre et du caractère subjectif du côté de la demande de la qualification d'une recette « exotique », l'Autorité n'a pas retenu la segmentation du marché des produits traiteur frais en fonction de l'origine des recettes. Enfin, l'Autorité n'a pas retenu l'existence d'un marché spécifique des « snacks » de poulet malgré la spécificité du besoin couvert par ce type de produit consommés rapidement et sans couverts, dans la mesure où, du point de vue de l'offre, le développement de la production de snacks de poulet est facilement accessible à un opérateur déjà présent sur les marchés des produits élaborés à base de viande de volaille (09-DCC-67).

À l'inverse, dans la même décision, l'Autorité a estimé que sur les marchés de la collecte de volailles vivantes en vue de l'abattage, une segmentation par espèce était justifiée du fait de l'absence de substituabilité du côté de la demande, comme précisé ci-dessus – mais aussi de l'absence de substituabilité du côté de l'offre – chaque espèce nécessitant des conditions propres d'élevage. De même, au sein des produits élaborés cuits, l'Autorité a été amenée à analyser de manière spécifique le marché des panés, compte tenu de la faible substituabilité de ces produits et du caractère incontournable de leur présence dans les rayons du côté de la demande mais également du fait de la spécificité des lignes de production de ce type de produits (lignes de friture).

## Le marché géographique

La délimitation d'un marché de produits s'entend sur une zone géographique définie, soit parce que l'analyse faite du comportement de la demande n'est valable que sur cette zone, soit parce qu'il s'agit de la zone géographique à l'intérieur de laquelle les demandeurs se procurent ou peuvent se procurer le produit ou service en question (09-D-14). Il s'agit de la zone géographique sur laquelle un pouvoir de monopole pourrait effectivement être exercé, sans être exposé à la concurrence d'autres offreurs situés dans d'autres zones géographiques ou à celle d'autres biens ou services.

En d'autres termes, le marché géographique pertinent comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre de biens et services en cause et sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes. Il ne comprend pas les zones géographiques voisines dès lors que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable (09-MC-03 ; 09-D-30 ; 09-D-36).

### *Dimension régionale ou locale*

#### Les particularités de la zone géographique

Les particularités d'une zone géographique donnée peuvent également amener à délimiter à un niveau local, le marché géographique pertinent.

Dans une décision **09-D-14**, l'Autorité a estimé que le marché géographique à retenir concernant des pratiques mises en œuvre dans la région de Grenoble était limité à la zone desservie par le réseau de distribution de Grenoble. En effet, les clients professionnels situés dans la zone de desserte de la société Gaz et électricité de Grenoble ne peuvent se procurer de l'électricité qu'à l'intérieur de la zone géographique couverte par le distributeur non nationalisé.

Dans une décision **09-DCC-67**, concernant les marchés de la collecte de volailles vivantes en vue de l'abattage, l'Autorité a estimé qu'il convenait de distinguer les zones à forte densité d'élevage (dans l'Ouest, par exemple) des zones où cette densité était moins importante. Dans le premier cas, une zone de collecte d'une heure trente permet de rendre compte de la zone d'influence d'un abattoir tandis que dans les zones moins denses, la zone de collecte de volailles vivantes peut s'étendre jusqu'à trois heures, sans toutefois excéder quatre heures, en raison de l'accroissement des coûts de transport et des risques d'étouffement des volailles.

#### L'environnement juridique

Si l'environnement juridique peut conduire à opérer une distinction en termes de produits, il peut également s'avérer nécessaire d'en tenir compte en ce qui concerne la délimitation géographique des marchés.

Par exemple, dans la décision **09-DCC-54** précitée, l'Autorité a relevé, concernant le marché des services ferroviaires offerts aux opérateurs de transport combiné, qu'en France, les certificats de sécurité attribués aux entreprises ferroviaires étaient limités aux services qu'elles envisageaient de fournir et aux lignes empruntées, contrairement à l'Allemagne pour laquelle de telles dispositions n'existent pas, permettant au TPICE dans l'arrêt Deutsche Bahn de retenir comme marché géographique pertinent le territoire national. Ainsi, au cas d'espèce, l'Autorité n'a pas exclu la nécessité d'une analyse ligne par ligne pour ce marché.

#### La décentralisation de la politique commerciale des entreprises nationales

Une organisation commerciale suffisamment décentralisée d'entreprises de dimension nationale peut également amener à considérer comme pertinente une délimitation locale du marché.

Dans une décision **09-DCC-16** relative à la fusion entre les groupes Banque Populaire et Caisse d'Épargne, l'Autorité a relevé qu'en France, au sein des banques mutualistes et coopératives, il existe une réelle autonomie en matière de politique commerciale au niveau régional, dans un premier temps, puis au niveau de chaque agence dans un second temps, de sorte qu'une définition locale des

marchés pertinents de services de la banque de détail et de la banque commerciale à destination des PME se justifiait.

## L'hétérogénéité des conditions de concurrence sur le territoire

Lorsque la répartition des principaux opérateurs sur le marché national est hétérogène, une délimitation locale est justifiée pour tenir compte des différents contextes concurrentiels qui en résultent.

Par exemple, dans la décision **09-DCC-16**, l'Autorité a considéré que l'hétérogénéité de l'implantation géographique des différents groupes bancaires sur le territoire français confirmait la dimension locale des marchés concernés, contrairement aux constatations que la Commission européenne avait faites dans un pays comme les Pays-Bas. De même, à l'occasion de l'examen de plusieurs opérations de concentration dans le secteur de la distribution de carburants (**09-DCC-57**; **09-DCC-59**; **09-DCC-60**), l'Autorité, à la suite de la Commission européenne, a rappelé que le marché géographique de la vente de carburants devait être défini par référence à la demande, constituée par les automobilistes qui s'approvisionnent en carburants dans les stations-service à proximité de leurs centres d'activité. Toutefois, en raison du phénomène d'interpénétration des zones ainsi définies, la Commission européenne a envisagé, sans toutefois fermer la question, une délimitation nationale pour l'Autriche, l'Allemagne et le Royaume-Uni. En ce qui concerne la France, l'Autorité a, au contraire, constaté une variation significative des prix pratiqués au sein d'un même réseau sur le territoire national, signalant une certaine hétérogénéité des conditions de concurrence, qui peut notamment s'expliquer par une présence inégale des opérateurs de grandes et moyennes surfaces alimentaires, particulièrement actifs dans l'animation de la concurrence sur ce marché.

À l'inverse, même si une délimitation locale des marchés semble pertinente du point de vue de la demande, une analyse à un niveau géographique plus large peut s'avérer suffisante lorsque la répartition des entreprises sur l'ensemble du territoire est homogène ou lorsque les différents marchés locaux s'interpénètrent. Ainsi, l'Autorité a retenu dans les décisions précitées (**09-DCC-57**; **09-DCC-59**; **09-DCC-60**) une délimitation des marchés au niveau des agglomérations, compte tenu de l'interpénétration forte des zones de déplacement en milieu urbain.

## La distance ou le temps de parcours des consommateurs

Le temps que les consommateurs sont prêts à consacrer pour accéder à un produit ou un service est un élément à prendre en compte pour délimiter la « zone de chalandise » pertinente.

Ainsi, dans une décision **09-DCC-16**, l'Autorité a relevé que les particuliers étaient prêts à parcourir une distance équivalente à vingt minutes en voiture pour accéder aux services bancaires tandis que les PME étaient généralement prêtes à se déplacer davantage, à tout le moins sur l'ensemble du département.

### *Dimension nationale*

La dimension nationale du marché est retenue lorsque l'offre et la demande se présentent de manière uniforme et continue sur l'ensemble du territoire national.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente de voyages en ligne, le Conseil a rappelé qu'en raison des dispositions de l'article 18 de la loi d'orientation des transports intérieurs selon lesquelles la SNCF exerce sa mission sur le réseau ferré national, le marché du transport ferroviaire de voyageurs est de dimension nationale.

Cette solution est conforme à la jurisprudence communautaire selon laquelle un État membre peut constituer un marché pertinent, notamment lorsqu'une entreprise est titulaire d'un monopole légal sur ce territoire (TPICE, 21 octobre 1997, Deutsche Bahn AG c/Commission précité, point 58) **(09-D-06)**.

L'Autorité a déterminé, dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations de services de commerce électronique pour les TPE et les PME, que la dimension du marché des prestations de commerce électronique est au moins nationale en raison de l'absence d'obstacles matériels à ce que la prestation soit réalisée à partir de n'importe quel point du territoire national et de la circonstance que les principaux opérateurs présents sur le marché agissent sur l'ensemble du territoire national pour l'ensemble des entreprises souhaitant développer une activité de commerce électronique **(09-D-30)**.

L'Autorité a rappelé, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, qu'il convient de distinguer le marché des communications électroniques de la zone Antilles-Guyane de celui de la métropole. Elle s'est fondée sur sa pratique décisionnelle dont il ressort que les départements d'outre-mer, Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon, possèdent de nombreuses particularités faisant d'eux des marchés distincts de la métropole. Parmi ces caractéristiques, l'Autorité a relevé l'éloignement géographique et l'isolement des îles, les caractéristiques météorologiques et environnementales particulières (risques climatiques, séismes, paysages accidentés), les caractéristiques socio-économiques différentes, une pénétration des mobiles spécifique et un démarrage de l'activité mobile plus tardif qu'en métropole. Par ailleurs, l'Autorité a relevé, concernant les services de téléphonie mobile, que les autorisations de fréquence GSM sont spécifiquement attribuées aux opérateurs mobiles pour la zone Antilles-Guyane regroupant les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de Guyane **(09-D-36)**.

Afin de déterminer le caractère national du marché du marketing des droits du sport, l'Autorité a estimé que la dimension géographique de ce marché dépend de l'aire de diffusion des événements sportifs auprès des publics visés par les sponsors.

Elle a relevé qu'on peut distinguer deux types de publics. Le premier, de caractère local, est celui des spectateurs qui viennent assister à la compétition. Le second est constitué par les téléspectateurs et a une dimension plus large, correspondant à l'aire de diffusion de l'événement. La médiatisation des événements sportifs

constitue un marché national en raison des données linguistiques et culturelles qui, par définition, déterminent autant de marchés des droits audiovisuels qu'il y a de pays dans lesquels les compétitions sont diffusées (09-D-31).

### *Dimension nationale et locale*

Sur certains marchés de détail, l'Autorité a rappelé que le pouvoir de marché des entreprises de dimension nationale pouvait découler à la fois de la force de leur enseigne au niveau national et de leur position sur chaque marché local.

Dans la décision 09-DCC-16 précitée, l'Autorité a considéré que le pouvoir de marché des banques découlait à la fois de leur taille, du fait de l'existence d'importantes économies d'échelle et de gamme dans la production centralisée des services bancaires, et de leur présence au niveau local, en raison de l'importance de la relation de proximité dans cette industrie. Ainsi, un groupe disposant d'une forte présence sur le marché national bénéficie d'un avantage concurrentiel significatif en raison des économies d'échelle dont il bénéficie. Parallèlement, un opérateur qui ne disposerait pas de pouvoir de marché au plan national pourrait néanmoins localement bénéficier d'un certain pouvoir de marché en l'absence d'opérateurs alternatifs.

## Contrôle des pratiques anticoncurrentielles

### **Applicabilité du droit de la concurrence, prescription et procédure**

#### *Champ de compétence de l'Autorité de la concurrence*

##### **Applicabilité de l'article L. 410-1 du Code de commerce**

Aux termes de l'article L. 410-1 du Code de commerce, les règles du titre II du livre IV, relatives aux pratiques anticoncurrentielles « *s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de délégations de service public* ».

Selon les critères définis par le Tribunal des conflits (18 octobre 1999, Aéroports de Paris, n° 3174) et la Cour de cassation (Cass. com., 6 février 2007, n° 05-21.948, Sté Les Oliviers), l'Autorité de la concurrence, agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, peut sanctionner les personnes publiques, dans la mesure où elles exercent des activités de production, de distribution et de services. En revanche, les décisions par lesquelles ces dernières assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative.

Le Tribunal des conflits a précisé cette jurisprudence dans une décision du 4 mai 2009 (Éditions J.-P. Gisserot c/Centre des monuments nationaux, n° 3714). Il a réaffirmé la compétence de l'Autorité de la concurrence pour sanctionner des pratiques d'une personne publique, en l'espèce un établissement public administratif, mais en la subordonnant à la double condition que ces pratiques interviennent dans le cadre d'une activité économique exercée par la personne publique, et qu'elles ne concernent pas des « *décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique* ». Au cas d'espèce, le Tribunal des conflits a jugé que l'activité en cause, l'exécution d'un marché public, étrangère à l'organisation du service public et caractérisée par l'absence d'emploi de prérogatives exorbitantes du droit commun, relevait de la compétence du Conseil de la concurrence : « *En matière de marchés publics, lesquels ne traduisent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, la compétence du juge administratif en qualité de juge du contrat [...] ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris, pour statuer sur les litiges fondés sur l'invocation des pratiques anticoncurrentielles.* »

C'est ainsi que dans sa décision **09-D-35**, l'Autorité s'est déclarée incompétente pour connaître des modalités par lesquelles un centre hospitalier, établissement public administratif, avait confié une mission de service public de transport, dans le cadre de l'aide médicale d'urgence, au service départemental d'incendie et de secours (SDIS), qui est également un établissement public à caractère administratif. En effet, les actes par lesquels une personne publique confie à une personne publique ou à une personne privée dotée de prérogatives de puissance publique une mission de service public relèvent de l'organisation du service public. L'Autorité de la concurrence n'est donc pas compétente pour en connaître, pas plus que pour connaître d'une éventuelle pratique d'entente entre le centre hospitalier et le SDIS ni de la convention administrative conclue ensuite entre eux, laquelle porte sur l'organisation du service public de transport du service médical d'urgence et de réanimation (SMUR).

### *Marchés publics et délégations de service public*

L'Autorité de la concurrence a rappelé dans plusieurs décisions (**09-D-10**<sup>1</sup>; **09-D-18**; **09-D-20**; **09-D-30**) qu'elle n'est pas compétente pour se prononcer sur la régularité des procédures de dévolution de délégations de service public ou de marchés organisées par une personne publique, le contentieux de ces actes administratifs, qui mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique, relevant de la compétence exclusive du juge administratif.

Il en est ainsi, par exemple, si une collectivité territoriale, cherche à favoriser une entreprise en élaborant un règlement d'appel d'offres conçu « sur mesure » pour elle et examine les autres offres de manière discriminatoire, voire en les « boycotant » (**09-D-10**).

1. Décision confirmée par CA Paris, 9 mars 2010.

L'Autorité précise **(09-D-18)** que si une autorité publique lance un appel public à candidatures pour l'exploitation d'un service qui concerne un secteur dans lequel il existe un ou des opérateurs puissants sur le marché et qu'au surplus, elle pose dans l'appel public à candidatures des conditions objectives qui conduisent tel ou tel de ces opérateurs à se grouper pour déposer une offre qui satisfasse aux exigences du cahier des charges, de telles dispositions, qui sont parties intégrantes du règlement particulier de l'appel public à candidatures, ne sont pas détachables de l'appel public à candidatures lui-même. C'est donc à la juridiction administrative qu'il incombe, éventuellement, de dire si l'autorité publique agissant de la sorte a procédé de façon régulière dans le cadre de sa mission de service public.

Ce n'est que dans le cas très particulier où les règles fixées par la puissance publique mettraient les opérateurs économiques dans l'obligation d'outrepasser les règles de la concurrence qui s'imposent à eux qu'il conviendrait de considérer que leurs pratiques ne sont pas détachables de l'action publique et ne peuvent être évaluées au regard des règles de la concurrence qui s'appliquent aux entreprises. Dans cette hypothèse, le droit communautaire considère que les entreprises ne peuvent pas être sanctionnées au titre de l'article 81 du traité CE (article 101 du TFUE), sous réserve qu'elles n'aient effectivement aucune autonomie de comportement. L'État membre pourrait en revanche être poursuivi. En effet, le traité CE impose aux États membres de ne pas prendre de mesures, y compris législatives ou réglementaires, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises.

En revanche, l'Autorité de la concurrence rappelle **(09-D-10; 09-D-18)** qu'en répondant à un appel public à candidatures (ou à un appel d'offres dans le cadre d'un marché public), les entreprises exercent une activité qui, parce qu'elle relève du champ défini par l'article L. 410-1 du Code de commerce, peut être qualifiée au regard des règles de concurrence par l'Autorité de la concurrence et les juridictions judiciaires qui la contrôlent, dès lors que les pratiques en cause n'impliquent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique et que leur examen ne nécessite aucune appréciation de la validité d'actes administratifs.

Ainsi, dans la décision **09-D-10**, relative à un appel à concurrence en vue du renouvellement de la délégation de service public pour la desserte maritime de la Corse depuis le port de Marseille, lancé par l'Office des Transports de la Corse, le Conseil de la concurrence a retenu sa compétence pour apprécier l'abus de position dominante reproché à la Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM).

Quatre offres avaient été déposées : trois offres « partielles », émanant d'autres compagnies maritimes, et une offre globale (c'est-à-dire portant sur l'ensemble des lignes concernées par l'appel d'offres) et indivisible de la part de la SNCM.

Contrairement à ce que soutenait la SNCM, le Conseil a estimé que la pratique par laquelle cette dernière avait déposé une seule offre globale et indivisible était détachable de l'appréciation de la légalité du règlement particulier de l'appel d'offres (RPAO). En effet, il n'était pas reproché à cette société d'avoir déposé une offre globale, ainsi que l'y autorisait effectivement le RPAO, mais que cette offre ait

porté de manière indivisible sur l'ensemble des lignes, ce qui avait pour objet et pour effet d'exclure les autres candidats à l'appel d'offres, et ce alors même que le RPAO demandait aux entreprises de fournir des éléments techniques et financiers ligne par ligne afin de pouvoir comparer les offres.

### *Décisions d'instances ordinales*

Dans deux décisions relatives à des pratiques mises en œuvre par des conseils de l'ordre (**09-D-07**<sup>2</sup>; **09-D-17**), l'Autorité a rappelé que les conseils de l'ordre étant investis de missions de service public, il convient de distinguer, d'une part, les comportements qui, parce qu'ils invitent les professionnels à adopter telle ou telle attitude sur le marché, sous la forme de mises en garde ou de consignes, constituent une intervention dans une activité de services, et d'autre part, ceux qui ne sont pas détachables de l'exercice du pouvoir disciplinaire et du pouvoir de contrôle confié à l'ordre.

Lorsqu'un conseil de l'ordre engage une action disciplinaire à l'encontre d'un de ses membres ou s'adresse nominativement à lui pour qu'il modifie son comportement au motif d'une contrariété avec les règles de déontologie, son action s'inscrit bien dans l'exercice du pouvoir disciplinaire et ne relève pas, en principe, du champ de compétence du Conseil de la concurrence.

Dans la décision **09-D-07**, le Conseil de la concurrence a retenu sa compétence pour examiner des pratiques mises en œuvre par le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et des conseils départementaux de l'ordre, assimilables à un appel au boycott de la société Santéclair, dont l'activité, en matière de couverture complémentaire santé, est notamment de développer un réseau de chirurgiens-dentistes partenaires.

Le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes, après avoir, dans un premier temps, émis un avis favorable, au regard des règles de déontologie, sur le partenariat proposé par Santéclair, a retiré cet avis favorable et relayé par plusieurs conseils départementaux, a incité les chirurgiens-dentistes à dénoncer les partenariats avec Santéclair, leur laissant entendre qu'à défaut, ils seraient susceptibles d'être sanctionnés en cas de poursuites disciplinaires, alors que l'avis négatif finalement rendu n'avait aucune force juridique et ne liait pas les instances disciplinaires.

Les conseils de l'ordre des chirurgiens-dentistes mis en cause ont soulevé une exception d'incompétence au profit de la juridiction administrative faisant valoir qu'ils avaient agi dans le cadre de leur mission de service public en usant de prérogatives de puissance publique.

Le Conseil de la concurrence a, à cette occasion, distingué deux types de pratiques.

Il a considéré que les différents conseils de l'ordre étaient intervenus dans une activité de services qui relève de sa compétence au titre de l'article L. 410-1 du Code de commerce, mais étaient sortis de leur mission de service public en inter-prétant, à destination de l'ensemble de la profession de chirurgien-dentiste, les

2. Décision confirmée par CA Paris, 19 janvier 2010, Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes.

conséquences à tirer du retrait de l'avis favorable. En effet, ils ne se sont pas bornés à publier la décision de retrait de l'avis favorable dans leurs différents organes de communication institutionnels, mais ils ont largement commenté celle-ci en s'adressant à l'ensemble des chirurgiens-dentistes de leur ressort, qu'ils soient ou non concernés par les conventions en les incitant à ne pas adhérer ou à résilier leur adhésion à ces conventions.

En revanche, en adressant, individuellement et nominativement, aux seuls chirurgiens-dentistes adhérents au réseau Santéclair, des instructions visant à ce que ces derniers résilient leurs contrats, les conseils départementaux concernés ont inscrit leur action dans le cadre de leurs prérogatives de puissance publique. Il n'appartenait donc pas au Conseil de la concurrence d'apprécier la licéité de ces actes.

Dans la décision **09-D-17**, concernant des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse-Normandie, auquel il était fait grief d'avoir cherché à conforter la répartition de la clientèle des pharmacies entre les marchés d'immédiate proximité, l'Autorité a estimé que la demande d'ouverture d'une enquête sur le comportement professionnel d'un pharmacien, l'envoi d'une circulaire à l'ensemble des pharmacies d'un ressort pour leur rappeler qu'elles devaient tenir l'ordre informé des contrats ou accords de fournitures conclus avec certains établissements et la décision de saisir la chambre de discipline, ne relevaient pas de la compétence du Conseil de la concurrence.

En revanche, l'envoi d'une lettre adressée à une maison de retraite pour l'inciter à s'adresser aux pharmacies dont elle dépendrait « géographiquement » traduisait, à l'égard d'un tiers par rapport à l'ordre, une intervention dans une activité de services et par conséquent le Conseil de la concurrence était compétent pour l'examiner sur le fondement de l'article L. 410-1 du Code de commerce.

### *Particularité du secteur de la santé*

Dans la décision **09-D-39**, l'Autorité de la concurrence a rappelé que les règles de concurrence s'appliquent dès lors qu'il existe une demande de soins à laquelle répond une offre. Cette rencontre entre une offre et une demande caractérise l'existence d'un marché sur lequel les opérateurs doivent respecter les règles de la concurrence.

En l'espèce, le Conseil national des exploitants thermaux, auquel il était fait grief d'avoir décidé d'imposer, entre 2005 et 2006, aux curistes assurés sociaux un forfait supplémentaire de dix euros, non remboursé par la sécurité sociale, contestait l'applicabilité des règles de concurrence, et notamment de l'article L. 420-1 du Code de commerce, à la consigne tarifaire qu'il avait diffusée.

L'Autorité a écarté cette objection et s'est référée à la jurisprudence nationale et communautaire, pour souligner que les particularités du secteur de la santé et son caractère réglementé n'étaient pas de nature à exclure l'activité de soins du champ d'application du droit de la concurrence, dès lors que cette activité s'analysait en une activité de services, permettant la rencontre, moyennant paiement, d'une demande de la part des malades, et d'une offre de la part des médecins (CA Paris,

4 avril 1997, Syndicat des médecins de la Somme; *cf.* aussi CJCE, 12 septembre 2000, Pavel Pavlov, C-180/98 à C-184/98, *Rec.* p. I-6451).

En l'occurrence, elle a estimé que les exploitants thermaux exerçaient une activité de services et que le secteur était soumis aux dispositions du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et elle a souligné qu'à partir du moment où des exploitants thermaux facturaient des prestations hors forfait de la sécurité sociale, ils étaient à cet égard en situation de concurrence par les prix. Or, la dérogation au principe de liberté des prix sur certaines prestations de santé n'empêche pas leur soumission aux règles de la concurrence sur tous les autres aspects de leur activité.

### *Compétence d'autres juridictions*

Dans la décision **09-D-20**, l'Autorité de la concurrence a rappelé qu'elle n'était pas compétente pour juger des offres anormalement basses présentées par des entreprises de travaux publics en réponse aux appels d'offres dans le cadre des marchés publics pour des travaux d'entretien routier en région Rhône-Alpes, lesquelles relèvent, aux termes de l'article 55 du Code des marchés publics, de la collectivité publique qui a lancé le marché et en second ressort de la juridiction administrative.

### **Affectation du commerce intracommunautaire**

Les règles de concurrence communautaires sont applicables si le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté par les pratiques en cause. Ainsi, s'agissant des ententes, l'article 81 du traité CE, devenu article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après «TFUE» ou «traité»), depuis l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009 du traité de Lisbonne, dispose que «*sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun*». S'agissant des abus de position dominante, l'article 82 du traité CE, devenu article 102 du traité, dispose qu'«*est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci*».

En 2009, le Conseil puis l'Autorité, conformément à la pratique décisionnelle de la Commission européenne et à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance des Communautés européennes ont ainsi fait application du droit communautaire à de nombreuses reprises, concernant tant des ententes (**09-D-05**<sup>3</sup>; **09-D-06**<sup>4</sup>; **09-D-10**<sup>5</sup>; **09-D-18**;

3. Décision confirmée par CA Paris, 26 janvier 2010, Adecco France.

4. Décision confirmée par CA Paris, 23 février 2010.

5. Décision confirmée par CA Paris, 9 mars 2010.

**09-D-25**<sup>6</sup>; **09-D-26**<sup>7</sup>; **09-D-31**; **09-D-36**) que des abus de position dominante (**09-D-04**; **09-D-06**; **09-D-10**; **09-D-15**; **09-D-18**; **09-D-24**; **09-D-26**; **09-D-28**; **09-D-31**; **09-D-36**; **09-MC-01**).

### *Comportements pris en compte dans leur globalité*

Le Conseil de la concurrence a considéré, dans les décisions **09-D-04**, relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles messageries de la presse parisienne dans le secteur de la distribution de la presse et **09-D-05**<sup>8</sup>, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, que la stratégie générale des entreprises concernées était susceptible d'affecter le commerce entre États membres, indépendamment de chaque comportement constitutif de l'abus, ou de chaque partie de l'accord en cause, pris isolément (*cf.* aussi **09-D-26**<sup>9</sup>, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société DKT International dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballage ménagers plastiques).

### *Dimension des pratiques sanctionnées*

Si les pratiques couvrent souvent la totalité du territoire national, elles peuvent aussi se limiter à une partie de celui-ci.

### *Pratiques commise sur un marché subnational*

Ayant rappelé que la question de l'affectation du commerce intracommunautaire est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause et que le commerce entre États membres peut être affecté même dans des cas où le marché est national ou subnational, l'Autorité de la concurrence a estimé, dans la décision **09-D-24** relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de télécommunications électroniques fixes dans les DOM, que ce n'est pas parce que les pratiques en cause n'ont affecté que certains départements français que les dispositions de l'article 82 du traité CE (article 102 du TFUE) ne peuvent pas, *a priori*, trouver à s'appliquer. Ainsi, en l'espèce, si les pratiques de France Télécom ont eu des effets directs et certains sur des opérateurs français et notamment les sociétés Mobius et Outremer Télécom, elles ont eu des effets au moins indirects sur des entrants potentiels d'autres États membres de l'Union européenne, qui ont pu renoncer à pénétrer le marché réunionnais en raison des pratiques mises en œuvre par l'opérateur dominant.

L'Autorité a procédé à la même analyse dans la décision **09-D-36**, s'agissant essentiellement de pratiques d'éviction ayant consisté, pour Orange Caraïbe, à élever artificiellement des barrières à l'entrée sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane; elle a constaté qu'en l'espèce, si les pratiques en cause ont été mises en œuvre dans une partie d'un État membre, à

6. Un recours a été formé contre cette décision.

7. Décision confirmée par CA Paris, 11 septembre 2009, DKT International.

8. Décision confirmée par CA Paris, 26 janvier 2010, Adecco France.

9. Décision confirmée par CA Paris, 11 septembre 2009, DKT International.

savoir la zone Antilles-Guyane, elles portaient sur des services de communications électroniques, qui avaient pour objet de permettre aux utilisateurs d'émettre ou de recevoir des appels ou des données, notamment au départ et en direction d'autres États membres de l'Union européenne. De ce fait, les pratiques portaient sur des services qui, par leur nature même, étaient susceptibles d'être pour partie transfrontaliers.

En outre, l'instruction a révélé que les grands groupes européens présents dans le secteur de la téléphonie mobile s'intéressaient à la région des Caraïbes où ils offraient leurs services par le biais de filiales qu'ils y avaient établies et que, dès lors qu'un opérateur, européen ou non, est implanté en un point de la région, il a vocation à développer sa présence sur les autres territoires de la zone, afin de bénéficier d'un maillage territorial plus complet, ce qui le rend à la fois plus efficace et plus attractif vis-à-vis des consommateurs. Dès lors, a conclu l'Autorité, si les pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe ont eu des effets certains sur Bouygues Télécom Caraïbe et Outremer Télécom Caraïbe, elles ont également eu une incidence, au moins potentielle, sur les opérateurs provenant notamment des autres États membres de l'Union européenne présents dans la région, dont l'entrée sur le marché de la zone Antilles-Guyane a pu être rendue plus difficile.

### *Pratiques couvrant l'ensemble du territoire national*

Se référant aux lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce (2004/C 101/07), l'Autorité a rappelé que des ententes horizontales couvrant l'ensemble d'un État membre sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres (09-D-05<sup>10</sup>; 09-D-25<sup>11</sup>; 09-D-31).

De même, l'Autorité a considéré que le commerce entre États membres était affecté s'agissant de pratiques émanant d'entreprises en position dominante couvrant l'ensemble du territoire français et constituant une entrave abusive à l'entrée (09-D-04; 09-D-06<sup>12</sup>; 09-D-15; 09-D-28; 09-MC-01).

### *Prescription*

Aux termes des dispositions de l'article L. 462-7 du Code de commerce, dans sa rédaction applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004, « le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction ». L'article L. 462-7, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 4 novembre 2004, a porté à cinq ans ce délai de prescription, disposant que : « Le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction. »

10. Décision confirmée par CA Paris, 26 janvier 2010, Adecco France.

11. Un recours a été formé contre cette décision.

12. Décision confirmée par CA Paris, 23 février 2010.

## Application du régime de prescription de cinq ans

Dans la décision **09-D-34**<sup>13</sup>, l'Autorité a fait une application immédiate du nouveau régime de prescription quinquennale à des faits concernant des marchés de travaux publics pour lesquels l'ancienne prescription triennale n'était pas acquise à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 novembre 2004 (soit le 6 novembre 2004). En revanche, s'agissant d'un autre marché, dans la même affaire, la prescription triennale des faits étant acquise avant qu'intervienne l'ordonnance précitée, et en l'absence d'actes interruptifs avant l'expiration du délai de trois ans, les faits ont été considérés comme prescrits.

## *Déroulement de la procédure*

### Enquête administrative

#### *Contestation de la régularité de l'ordonnance juridictionnelle autorisant les opérations de visite et de saisie*

Dans la décision **09-D-25**<sup>14</sup>, l'Autorité a écarté l'argumentation d'une partie qui, se prévalant de l'arrêt Ravon rendu par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) le 21 mai 2008, demandait que soient écartés du dossier tous les documents saisis par la DGCCRF : elle faisait valoir que l'ordonnance du juge autorisant les visites et saisies n'était pas conforme aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Conformément à la pratique décisionnelle antérieure, l'Autorité a estimé qu'à supposer que le régime des visites et saisies autorisées sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, se heurte à la même incompatibilité que celle, relevée par la CEDH, à propos des opérations de visite et saisie en matière fiscale et douanière<sup>15</sup>, les dispositions transitoires du deuxième alinéa du IV de l'article 5 de l'ordonnance du 13 novembre 2008 offraient aux entreprises, notamment dans le cas où – comme en l'espèce – la Cour de cassation avait rejeté leur pourvoi contre l'ordonnance d'autorisation de visite et saisie, la possibilité de contester cette autorisation devant la cour d'appel de Paris saisie d'un recours au fond contre la décision statuant sur les pratiques reprochées. L'Autorité a estimé qu'eu égard à cette possibilité ouverte par la loi, les parties ne pouvaient se plaindre de ce que le droit positif ne leur permettrait pas d'avoir accès à un « juge effectif » au sens de l'arrêt Ravon (*cf.* aussi 08-D-30 et **09-D-03**<sup>16</sup>).

13. Un recours a été formé contre cette décision.

14. Un recours a été formé contre cette décision.

15. À la différence des règles fiscales ou douanières, les règles applicables en matière de concurrence permettent aux entreprises de contester devant le juge des libertés et de la détention le déroulement des opérations.

16. Décision confirmée par CA Paris, 5 janvier 2010, Sté d'exploitation de l'entreprise Ponsaty.

L'Autorité a ajouté que l'ouverture de ce recours postérieurement à sa décision ne méconnaissait pas le principe de l'« égalité des armes » puisqu'il n'était nullement fait obstacle à l'examen par la cour d'appel, dans les conditions du procès équitable, du bien fondé de la contestation formée par les parties visant l'autorisation du juge, sauf à remettre en cause *a priori* l'impartialité et l'indépendance de la cour d'appel.

Par ailleurs, en se prononçant sur la contestation soulevée par les entreprises sur le fondement de l'alinéa 2 du IV de l'article 5 de l'ordonnance du 13 novembre 2008, la cour d'appel ne sera pas amenée à statuer sur le bien fondé du grief notifié, mais seulement à vérifier le bien fondé de l'ordonnance ayant autorisé les opérations de visite et de saisie au regard des éléments produits devant le juge par l'administration. La cour d'appel dans un arrêt du 16 juin 2009, société Colas Méditerranée, a rappelé que l'exigence d'impartialité doit être appréciée concrètement : *« L'exigence d'impartialité du juge a pour finalité d'éviter qu'il ne soit habitué d'un quelconque préjugé sur l'affaire qui lui est soumise ; [que] cela implique notamment que le même juge ne soit pas appelé à statuer s'il a dans une précédente intervention pris position ou émis une appréciation qui apparaît comme susceptible d'avoir une influence sur la seconde décision ; [qu']ainsi l'exercice successif par un même juge de fonctions juridictionnelles différentes dans un même litige n'est pas forcément contraire à l'exigence d'impartialité mais doit être apprécié au cas par cas par rapport à la finalité recherchée. »*

Enfin, l'ordonnance du 13 novembre 2008 ne crée aucune discrimination contraire aux dispositions de la CEDH lorsque, d'une part, elle ouvre aux justiciables, à titre permanent, le droit de faire appel des décisions d'autorisation de visite et saisie et lorsque, d'autre part, à titre transitoire, elle permet à ceux qui n'ont pu bénéficier de ce droit dans le passé de contester en appel l'autorisation judiciaire rendue en application des dispositions légales antérieures à l'occasion des procédures au fond engagées antérieurement à la publication de l'ordonnance. Il ne peut être par ailleurs valablement soutenu que le cumul de ce recours avec celui qui est exercé contre la décision au fond porte atteinte au droit des justiciables à voir juger leurs affaires dans un délai raisonnable puisque la cour d'appel est saisie dans le même délai des deux recours.

### *Régularité d'un procès-verbal d'audition*

Dans la décision **09-D-03**<sup>17</sup>, se référant notamment à l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 16 décembre 1994, société Kangourou déménagements, le Conseil rappelle qu'*« aucune disposition législative ou réglementaire n'énonce que les personnes entendues par les fonctionnaires mentionnés au premier alinéa de l'article 45 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (L. 450-1 du Code de commerce) peuvent être assistés d'un conseil à l'occasion des enquêtes auxquelles il est procédé sur le fondement de l'article 47 (L. 450-3 du Code de commerce) »*.

17. Décision confirmée par CA Paris, 5 janvier 2010, Sté d'exploitation de l'entreprise Ponsaty.

## Procédure suivie devant l'Autorité

### *Règles régissant la procédure devant l'Autorité : saisine, qualité et intérêt pour agir du saisissant*

Dans sa décision **09-D-26**<sup>18</sup>, l'Autorité a écarté l'irrecevabilité alléguée de la saisine d'une société déficitaire et en cessation d'activité, au motif qu'au moment de la saisine du Conseil de la concurrence, cette société cherchait à développer son activité dans le secteur concerné et avait entrepris un certain nombre d'actions en ce sens, si bien qu'elle avait donc qualité et intérêt à agir au moment de la saisine, au sens de l'article L. 462-8 du Code de commerce, ce qui permettait la poursuite de la procédure indépendamment des événements ultérieurs survenus en son chef.

Il est rappelé à cet égard que les affaires portées à la connaissance du Conseil ou de l'Autorité de la concurrence relèvent d'un contentieux objectif, visant à protéger l'ordre public économique, et ne sont donc pas contraintes par les demandes des parties. Dès lors, même si une société qui a régulièrement saisi le Conseil de la concurrence disparaît, cette disparition n'a pas pour effet de dessaisir l'Autorité de l'affaire portée à sa connaissance.

### *Objet de la saisine*

Dans la décision **09-D-18**, l'Autorité, saisie par un syndicat de pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentané d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa candidature à la délégation de service public de la Communauté urbaine de Marseille Provence Métropole (CUMPM) pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille, a statué sur le point de savoir si la saisine ne se trouvait pas privée d'objet. En effet, à la date à laquelle il a été statué, la plupart des actes administratifs pris dans le cadre de l'appel public à candidatures, dont la régularité de la procédure avait été contestée et dont l'examen était soumis à l'Autorité, avaient été annulés par le juge administratif, y compris la décision de la CUMPM d'attribuer le contrat de délégation de service public au groupement RTM/Veolia.

L'Autorité a noté à cet égard que le Conseil de la concurrence avait déjà eu l'occasion, dans une décision **09-D-10**<sup>19</sup>, de tirer les enseignements de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 février 2007 énonçant « *que le fait que l'offre n'existe plus au jour du recours a pour effet de rendre la saisine de la cour et partant les demandes de la SNCM sans objet* ». Il a indiqué dans cette décision que la solution retenue par la cour d'appel de Paris ne s'appliquait que dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires puisque, du fait de l'annulation des actes en question, le caractère d'urgence n'était plus établi.

Il s'ensuit que les annulations successives, prononcées par le juge administratif, des nombreux actes de la puissance publique ayant conduit à l'attribution du contrat

18. Décision confirmée par CA Paris, 11 septembre 2009, DKT International.

19. Décision confirmée par CA Paris, 9 mars 2010.

de délégation de service public ne sauraient avoir eu pour effet de priver d'objet la plainte au fond déposée par le syndicat SNTU-CFDT.

### Examen de la recevabilité des demandes de mesures conservatoires

L'article R. 464-1 du Code de commerce énonce que « *la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du Code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée* ».

Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond ne soit pas irrecevable ou ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application, respectivement, des alinéas 1 et 2 de l'article L. 462-8 du Code de commerce<sup>20</sup> (**09-D-09; 09-D-22; 09-D-30; 09-D-40**).

Concernant les conditions d'octroi, il conviendra de se reporter aux développements consacrés aux mesures conservatoires, *infra*.

### Instruction

#### *La notification des griefs*

Dans la décision **09-D-03**<sup>21</sup>, le Conseil a écarté l'imprécision alléguée de la notification des griefs en rappelant qu'il s'agit d'un document synthétique qui doit décrire les faits reprochés, leur qualification juridique et leur imputabilité aux entreprises destinataires, et qu'un grief est un ensemble de faits, qualifiés juridiquement et imputés à une ou plusieurs entreprises. La notification de griefs doit donc informer les parties des pratiques reprochées, de leur qualification juridique au regard du droit applicable – national ou communautaire – et des personnes auxquelles sont imputées ces pratiques, afin de les mettre en mesure de contester utilement, au cours de la procédure contradictoire, soit la réalité des faits, soit leur qualification, soit leur imputation. Il a estimé que ces exigences étant respectées, les entreprises mises en cause avaient pu connaître les pratiques qui leur étaient reprochées et exercer utilement leur défense.

Dans les décisions **09-D-05**<sup>22</sup>, **09-D-06**<sup>23</sup> et **09-D-36**, le Conseil et l'Autorité ont également estimé que l'énoncé des griefs était suffisamment précis, en se référant notamment à la jurisprudence constante selon laquelle les griefs énoncés doivent être interprétés par référence aux développements préalables du rapporteur (*cf.* notamment CA Paris, 18 février 1997, ODA et CMS et Cass. com., 6 avril 1999, n° 97-12.776, ODA); la décision **09-D-06** rappelle en outre que

20. « *L'Autorité de la concurrence peut déclarer [...] la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci, ou si les faits sont prescrits au sens de l'article L. 462-7, ou si elle estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence. Elle peut aussi rejeter la saisine [...] lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants.* »

21. Décision confirmée par CA Paris, 5 janvier 2010, Sté d'exploitation de l'entreprise Ponsaty.

22. Décision confirmée par CA Paris, 26 janvier 2010, Adecco France.

23. Décision confirmée par CA Paris, 23 février 2010.

la notification des griefs, fondée sur les faits qui paraissent de nature à en établir le bien-fondé, n'a pas à répondre à tous les arguments développés par les parties (cf. CA Paris, 24 janvier 2006, Ordre des avocats au barreau de Marseille), ni à citer tous les faits et indices qui n'ont pas été retenus comme indices des pratiques anticoncurrentielles.

### *Le rapport*

Dans sa décision **09-D-25**<sup>24</sup>, l'Autorité de la concurrence a écarté les critiques de certaines parties estimant insuffisantes les réponses faites par le rapport à leurs observations, en se fondant sur une jurisprudence constante selon laquelle il n'est pas nécessaire que le rapport réponde au détail de l'argumentation des parties, dès lors qu'il contient l'essentiel des considérations concernant les éléments soumis à la discussion contradictoire. Ainsi, dans l'arrêt du 24 janvier 2006, Ordre des avocats au barreau de Marseille, la cour d'appel de Paris a jugé que le rapporteur n'avait pas à répondre à tous les arguments développés par les parties. Cette règle concernant la motivation a été rappelée dans l'arrêt de la cour d'appel du 4 avril 2006, Royal Canin : « *La décision du Conseil étant motivée en droit et en fait, aucune nullité ne saurait résulter de ce qu'il n'a pas suivi la société [...] dans le détail de son argumentation, que celle-ci a du reste tout loisir de soumettre à nouveau à la cour au soutien de son recours de pleine juridiction, qu'il s'agisse d'éléments non écartés expressément par la décision ou selon elle retenus à tort en ce qu'ils seraient erronés ou dénués de pertinence.* »

### *La durée de la procédure : notion de délai raisonnable*

Dans la décision **09-D-31**, l'Autorité a rappelé d'une part, que le délai raisonnable doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de la procédure et, d'autre part, que la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du dommage subi, sous réserve toutefois que la conduite de la procédure n'ait pas irrémédiablement privé les entreprises mises en cause des moyens de se défendre, de telles circonstances devant être appréciées *in concreto* (en ce sens, notamment, CA Paris, 30 janvier 2007, Le Foll-TP).

En l'espèce, l'ampleur de la procédure, caractérisée par des opérations de visite et saisie de dimension inhabituelle, menées conjointement par la Direction nationale des enquêtes de concurrence et les brigades interrégionales de Paris, Lyon et Marseille, ayant conduit à l'appréhension et à l'exploitation d'un nombre très important de documents auprès de 18 organismes nationaux, clubs et sociétés agissant dans le football, justifiait la durée de son traitement, de même que le contentieux qui a visé les opérations de visite et saisie.

Eu égard à ces circonstances, la durée de la procédure n'apparaissait pas excessive.

24. Un recours a été formé contre cette décision.

### *Formalisme des témoignages*

Dans la décision **09-D-28**, il a été rappelé que le régime en matière de preuve devant l'Autorité de la concurrence n'implique pas de formalisme particulier. Le laboratoire mis en cause contestait la valeur des témoignages de pharmaciens, ceux-ci n'ayant pas communiqué copie de leur carte d'identité et leurs déclarations n'ayant pu être authentifiées. L'Autorité a estimé que les noms, adresses et téléphones des pharmaciens permettaient aisément de vérifier l'exactitude de ces témoignages (ce qui, en l'espèce, avait d'ailleurs été fait) et a écarté cette critique.

### **Contradictoire, droits de la défense, égalité des armes, impartialité, loyauté, séparation des autorités d'instruction et de décision**

#### *Accès au dossier/droits de la défense*

Dans la décision **09-D-05**<sup>25</sup>, le Conseil de la concurrence a rappelé les conditions de l'équilibre entre la protection des secrets d'affaires et la préservation des droits de la défense.

Dans ce dossier portant sur des pratiques d'entente dans le secteur du travail temporaire, Manpower soutenait que le rapporteur avait pu puiser des éléments à charge dans les documents extraits des messageries électroniques et fichiers informatisés saisis sur les postes de travail de responsables d'Adecco et de VediorBis à l'occasion des opérations de visite et saisie, dans la mesure où ces documents, bien qu'ayant fait l'objet d'un « classement » au titre de la protection des secrets d'affaires avaient ensuite été « déclassés » pour les besoins de la procédure. En revanche, des éléments à décharge extraits des mêmes sources étaient, selon Manpower, vraisemblablement restés « classés », sans que le rapporteur prenne l'initiative de les faire déclasser et sans qu'elle-même, faute de les connaître, ait pu en prendre l'initiative. À cet égard, Manpower critiquait la méthode consistant à « classer » globalement la messagerie électronique d'un employé au motif qu'elle contient certains messages contenant des secrets d'affaires.

Le Conseil a relevé que l'article L. 463-4 du Code de commerce, qui régit la protection des secrets d'affaires, et l'article L. 463-1 qui énonce « *l'instruction et la procédure [...] sont pleinement contradictoires sous réserve des dispositions prévues à l'article L. 463-4* », visent à concilier autant que possible la protection des secrets d'affaires et les droits de la défense.

Or, si un document « à charge » doit pouvoir être accessible à la partie à laquelle il est opposé car, dans ce cas, le droit pour la partie mise en cause de se défendre prime sur la protection des secrets d'affaires revendiquée par les autres parties, donner à une partie mise en cause accès à l'ensemble des documents dont une autre partie a demandé la protection, au motif que la première pourrait y trouver des éléments à décharge, conduirait à ne plus accorder de protection véritable aux secrets d'affaires, en contradiction avec la lettre et l'esprit de l'article L. 463-4

25. Décision confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris, 26 janvier 2010, Adecco France.

du Code de commerce. Les droits de la défense, en ce qui concerne la recherche d'éléments à décharge, sont raisonnablement assurés par la possibilité qu'a toujours la partie qui souhaite mettre en avant de tels éléments, de les puiser dans sa propre « documentation » ou dans les informations non couvertes par la protection du secret des affaires.

S'agissant du cas particulier des messageries électroniques, il est rappelé que la Cour de cassation considère, au regard des procédures de recherche des infractions aux règles de concurrence, qu'une boîte de messagerie constitue une pièce unique, même si elle n'est que partiellement utile au dossier (Cass. crim., 12 décembre 2007, n° 06-81.907, Sita Centre Ouest). Il est, dès lors, légitime de la traiter comme telle au titre de la protection des secrets d'affaires en la classant globalement si une demande est faite en ce sens, quitte à ce qu'elle soit ensuite, le cas échéant, partiellement déclassée, comme toute autre pièce, pour les besoins de la procédure ou l'exercice des droits d'une partie mise en cause.

Exiger de pouvoir accéder, comme le demande Manpower, à l'ensemble des courriels et pièces jointes d'une messagerie électronique d'un dirigeant ou d'un responsable commercial d'une entreprise concurrente, qui a été classée dans son ensemble au titre de la protection du secret des affaires, revient *de facto* à priver ce concurrent de la protection prévue par l'article L. 463-4 du Code de commerce, alors que des éléments à décharge peuvent être puisés à partir d'autres sources. D'ailleurs, même s'agissant de documents « papier » qui auraient été individuellement classés au titre de la protection du secret des affaires, le seul fait que leur déclassement soit demandé par une partie n'entraîne pas leur déclassement automatique, le président du Conseil de la concurrence ou son vice-président délégué (aujourd'hui le rapporteur général de l'Autorité) devant apprécier, en cas d'opposition de la partie ayant obtenu leur classement, si le déclassement est nécessaire à l'exercice des droits de la demanderesse, ainsi que le prévoient les articles L. 463-4 et R. 463-15 du Code de commerce.

Par conséquent, même s'il était procédé à l'individualisation des milliers de courriels et pièces jointes contenus dans des messageries électroniques pour leur traitement au regard des règles sur la protection des secrets d'affaires, leur déclassement au titre d'éléments susceptibles d'être invoqués à décharge ne serait pas non plus automatique.

Dans la décision **09-D-07**<sup>26</sup>, le Conseil a rappelé la jurisprudence constante en application des dispositions des articles L. 463-1 et L. 463-2 du Code de commerce, aux termes de laquelle le droit d'accès au dossier n'est pas ouvert avant la notification de griefs, qui constitue l'acte d'accusation et marque l'ouverture de la procédure contradictoire (*cf.* CA Paris, 2 octobre 2007, Européenne de travaux ferroviaires).

26. Décision confirmée par CA Paris, 19 janvier 2010..

### *Délais pour répondre aux griefs*

Dans la décision **09-D-05**<sup>27</sup>, le Conseil a écarté le moyen tiré de l'insuffisance du délai imparti pour répondre à la notification des griefs. Il a rappelé les dispositions de l'article L. 463-2 alinéa 4 du Code de commerce, et constaté que le président du Conseil de la concurrence avait en l'espèce accordé à l'ensemble des parties deux prolongations successives de quinze jours du délai qui leur était imparti pour répondre aux griefs, compte tenu des particularités du dossier. Le délai total de trois mois obtenu pour répondre aux griefs correspondait ainsi au maximum autorisé à l'alinéa précité, aucune disposition ne prévoyant, au bénéfice des entreprises qui souhaitent recourir à la procédure prévue au III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, le droit à une prolongation supplémentaire.

### *Impartialité, loyauté, instruction à charge et à décharge*

Dans la décision **09-D-05**<sup>27</sup>, le Conseil a rejeté l'argumentation mettant en cause la loyauté et l'impartialité du rapporteur en rappelant que contrairement à ce qui était suggéré, c'est à l'entreprise mise en cause de faire prévaloir le cas échéant, dans l'exercice légitime de ses droits de la défense, que les griefs ne sont pas fondés. Dans le cas où la procédure prévoit l'établissement d'un rapport, le principe d'instruction à charge et à décharge doit conduire le rapporteur à reproduire la substance des observations des parties dans son rapport et à prendre position à leur propos, qu'il s'agisse de la qualification des pratiques ou des critères de la sanction éventuelle, de manière à éclairer le collègue qui statuera sur ces contestations. En l'espèce, le rapporteur s'est parfaitement conformé à ce principe puisque, dans son rapport, il a, par exemple, confirmé que certains indices étaient à ses yeux moins probants que d'autres ou estimé que certaines circonstances pouvaient atténuer la gravité des comportements reprochés.

Dans cette mesure, un second reproche fait à la manière dont le rapporteur a conduit son instruction, à savoir celui d'avoir systématiquement retenu une interprétation défavorable des pièces du dossier, ne peut davantage être accueilli, dès lors que l'entreprise mise en cause a eu la possibilité de contester les interprétations du rapporteur et de fournir des explications alternatives. Il appartient au Conseil, dans le cadre de la décision, de déterminer parmi ces différentes interprétations celle qui lui paraît devoir être retenue.

Dans cette affaire, il était également reproché au rapporteur d'avoir auditionné un témoin dont il était prétendument évident que le témoignage ne pouvait être que défavorable aux parties mises en cause. Le Conseil a rappelé cependant qu'aux termes d'une jurisprudence constante, le rapporteur dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la conduite de ses investigations et qu'il est libre de décider quelles auditions lui paraissent utiles à l'instruction (*cf.* Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-15.185, Lilly France). Il appartient ensuite au Conseil de statuer le cas échéant sur la valeur d'un témoignage retenu par le rapporteur.

27. Décision confirmée par CA Paris, 26 janvier 2010, Adecco France.

Enfin, il était soutenu que le rapporteur avait conduit, par la teneur de ses questions, certaines parties à s'auto-incriminer, procédé contraire aux droits de la défense. Le Conseil a souligné que si les services d'une autorité de concurrence ne peuvent imposer l'obligation de fournir des réponses par lesquelles l'entreprise concernée serait amenée à admettre l'infraction, ils peuvent toutefois obliger celle-ci à fournir des renseignements sur les faits ou documents dont ils ont connaissance, tant qu'ils ne dépassent pas la limite évoquée précédemment (*cf.* CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, C-374/87, *Rec.* p. 3283 ; Cass. com., 3 juin 2008, n<sup>os</sup> 07-17.147 et 07-17.196, *Sony et Philips et CA Paris*, 21 mai 1990, *France loirsirs*, rendu sur le recours formé contre la décision 89-D-41).

En l'espèce, le rapporteur avait demandé des explications légitimes sur divers documents afin de progresser dans l'instruction du dossier, sans appeler les entreprises à s'auto-incriminer, à l'inverse des questions qui ont été jugées contraires au respect des droits de la défense dans les arrêts précités qui invitaient directement les entreprises à dire si elles avaient participé à des accords anticoncurrentiels.

Dans les décisions **09-D-04**, **09-D-06**<sup>28</sup>, **09-D-07**<sup>29</sup> et **09-D-31**, le Conseil et l'Autorité ont également écarté le reproche d'une instruction partielle, en rappelant, outre le pouvoir d'appréciation dont dispose le rapporteur quant à la conduite de ses investigations, le fait que les règles de procédure garantissant le principe du contradictoire ont bien été respectées, puisque les entreprises mises en cause ont notamment eu la possibilité d'avoir accès à l'ensemble du dossier, ont pu présenter leurs observations sur la notification des griefs, leur mémoire en réponse au rapport et leurs observations orales en séance.

## Secret des affaires

Dans la décision **09-D-36**, l'Autorité a écarté un moyen de nullité tiré de la violation du secret des affaires, qui serait intervenue dans la version non confidentielle du dossier. Elle a relevé, d'une part, que l'intéressée n'apportait aucun élément de nature à établir que la version non confidentielle du dossier, transmise aux parties saisissantes, contenait des données pour lesquelles elle aurait demandé et obtenu la protection de secrets d'affaires, en application des articles L. 463-4, R. 463-13, alinéa 1, et R. 463-14, alinéa 2, du Code de commerce ; d'autre part, elle a constaté qu'il paraissait en toute hypothèse difficile de considérer que les données en cause conservaient un caractère confidentiel, compte tenu notamment de leur ancienneté et de leur relative obsolescence, puisqu'elles dataient pour la plupart, des années 2004 et 2005, et concernaient des solutions techniques ayant évolué ces dernières années.

Enfin, il n'était pas démontré en quoi la prétendue violation du secret des affaires aurait porté atteinte aux droits de la défense de la société intéressée en l'empêchant de répondre de manière efficace aux griefs qui lui avaient été notifiés. L'Autorité a rappelé qu'en tout état de cause, la sanction qui s'attache à la

28. Décision confirmée par CA Paris, 23 février 2010.

29. Décision confirmée par CA Paris, 19 janvier 2010, Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes.

divulgaration d'informations couvertes par le secret des affaires n'est pas la nullité de la procédure, mais le versement éventuel d'une indemnité réparatrice, dans le cas où la communication de tels documents serait de nature à créer un préjudice direct et certain aux entreprises.

### Ententes illicites

#### *Les concours de volontés*

Ainsi que l'écrivait la Commission de la concurrence, dans son rapport annuel pour 1980 (p. 223) : « *Toutes les ententes supposent un concours de volonté, quelle que soit la forme de cet accord et même s'il ne se formalise pas réellement [...]; la démonstration ou la conviction qu'il y a ou qu'il y a eu un concours de volonté des personnes physiques ou morales juridiquement et économiquement distinctes est une condition absolue de toute incrimination.* »<sup>30</sup>

Deux éléments sont donc nécessaires pour démontrer l'existence d'une entente :

- l'existence de volontés indépendantes est un préalable nécessaire, ce qui recouvre l'indépendance des volontés entre elles et de chaque volonté prise isolément;
- l'existence d'un concours de volontés, plus ou moins intense, selon le type d'entente concerné.

#### **L'existence de volontés indépendantes**

- le concours de volontés des personnes morales est appréhendé par l'intermédiaire de l'accord de volontés entre les personnes physiques qui les représentent;
- il suppose l'existence d'au moins deux volontés, dont l'une au moins émane d'une « *entreprise* », au sens du droit de la concurrence;
- il se noue entre personnes « *juridiquement et économiquement distinctes* »;
- le concours de volontés doit avoir été librement consenti, entre volontés libres.

#### *La volonté des personnes morales s'exprime par le truchement des personnes physiques représentant ces personnes morales*

Comme pour l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, l'implication d'une personne morale dans une infraction administrative d'entente suppose l'intervention des personnes physiques qui la représentent. L'accord de volontés, matérialisé par une transaction entre personnes physiques qui représentent les personnes morales, nécessite le support d'une intervention humaine.

La personne morale est responsable des actes commis par ses représentants, que ceux-ci agissent pour le compte de l'entreprise ou pour leur propre compte, car il appartient à la personne morale de veiller à ce qu'il n'y ait pas de comportements anticoncurrentiels dans l'entreprise.

30. Soulignement ajouté.

Dans une décision **09-D-19** du 10 juin 2009 relative à des pratiques concernant le déménagement de personnels militaires relevant du Centre territorial d'administration et de comptabilité (CTAC) de l'armée de terre à Nancy<sup>31</sup>, l'Autorité a écarté l'argumentaire d'une société mise en cause dans une pratique d'entente, selon lequel elle ne pourrait se voir imputer les pratiques d'un de ses salariés.

L'Autorité a rappelé qu'une telle circonstance n'était pas exonératoire de responsabilité, car il incombe à l'employeur de veiller au respect des règles de concurrence dans son entreprise : « *Wincanton-Mondia ne peut s'exonérer de la responsabilité des faits qui lui sont imputés en en faisant porter la charge sur une employée dont on ne voit pas, au surplus, quel intérêt personnel elle aurait eu à mettre en œuvre une pratique de devis de complaisance* » (§ 167).

La cour d'appel de Paris a récemment précisé que c'est à l'employeur de veiller au respect des règles de concurrence : « *L'échange d'informations est imputable à un salarié [...] qui a permis à la société concurrente [...] de prendre copie des éléments de réponse à l'appel d'offres préparés par son employeur; qu'il est ainsi établi que, pour le moins, la SNEF n'a pas suffisamment veillé au secret de la consultation, composante essentielle de la procédure de mise en concurrence des entreprises soumissionnaires à un marché public* » (CA Paris, 8 octobre 2008, SNEF).

Voir aussi décision **09-D-25**<sup>32</sup>, § 170.

*Le concours de volontés suppose au moins deux volontés, émanant d'« entreprises »*

La nature des sujets du droit de la concurrence n'est pas définie. En effet, alors que l'article 81 du traité CE (devenu l'article 101 du TFUE) vise expressément les « *accords entre entreprises* », l'article L. 420-1 du Code de commerce ne précise pas entre quelles parties se noue l'action concertée, la convention, l'entente expresse, tacite ou la coalition.

Le sujet du droit de la concurrence, c'est l'entreprise. Cette notion est essentiellement fonctionnelle et économique; elle n'est pas juridique. La Cour de justice des Communautés européennes, dans un arrêt du 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser (C-41/90), la définit ainsi : « [...] *Toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entreprise et de son mode de financement.* » Or, « *constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné [...]* » (CJCE, 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, *Rec. p. I-3851*, point 36) ou encore, toute « *activité à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques* » (Commission, 20 juillet 1999, Coupe du monde de football 1998, n° 2000/12/CE).

31. Un recours a été formé contre cette décision.

32. Un recours a été formé contre cette décision.

*Le concours de volontés suppose que les participants soient au moins deux, juridiquement distincts et économiquement indépendants l'un de l'autre*

Ainsi que le soulignait la Commission de la concurrence, dans son rapport pour 1984 (p. 11) : « *Il ne peut y avoir d'entente sans un concours de volontés libres entre des entreprises juridiquement distinctes mais aussi économiquement indépendantes les unes des autres* ».

Dans une décision **09-D-23** du 30 juin 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtement prêt-à-porter féminin et d'accessoires<sup>33</sup> (§ 46), l'Autorité a rappelé que si les articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE (article 101 du TFUE) interdisent des comportements coordonnés bilatéralement ou multilatéralement, sous forme d'ententes, pour ce qui concerne le droit national, d'accords entre entreprises, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées, pour ce qui concerne le droit communautaire, ces différentes formes de collusion supposent que les partenaires soient en capacité de conclure un accord de volontés, ce qui implique que chacun d'entre eux soit indépendant des autres. Comme le relève le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans son arrêt du 15 septembre 2005 dans l'affaire DaimlerChrysler c/Commission (T-325/01, *Rec.* p. II-3319), « *la notion d'accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence, est axée sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins* ». De même, le Conseil de la concurrence, dans son rapport annuel pour l'année 2006, affirme que « *l'entente ne pourra exister qu'entre entreprises autonomes au sens du droit de la concurrence* ».

Les décisions des organismes collectifs (syndicats, ordres professionnels, groupements...), qui se présentent comme des décisions unilatérales, sont en réalité des décisions qui émanent du concours de volontés de leurs membres.

Par ailleurs, les entreprises faisant partie d'un même groupe ou les entreprises liées par un contrat d'agence ne sont pas économiquement et juridiquement indépendantes<sup>34</sup>. Leurs accords ne sont donc pas des accords entre volontés indépendantes et ne peuvent relever du droit des ententes.

De même, lorsque les parties sont liées par des relations contractuelles impliquant certains liens de subordination d'une partie par rapport à l'autre, leurs accords ne relèvent pas du droit des ententes.

### *Le rôle des organisations et associations professionnelles*

Certaines actions, en apparence unilatérales, révèlent, en réalité, une entente. Tel est le cas des pratiques commises par les syndicats, les groupements ou les ordres professionnels.

33. Cette décision est définitive

34. En ce sens, ces entreprises (au sens commercial du mot) constituent une seule entreprise, une seule entité économique, au sens du droit de la concurrence.

Bien qu'émanant d'une seule personne morale et revêtant un caractère d'unilatéralité, les pratiques mises en œuvre par des syndicats, des ordres professionnels ou associations sont présumées constituer des concours de volonté entre leurs membres, en vertu de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 2000 (Ordre national des pharmaciens) : « *Un ordre professionnel représente la collectivité de ses membres et [...] une pratique susceptible d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel mise en œuvre par un tel organisme révèle nécessairement une entente, au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, entre ses membres.* »

En droit communautaire, ces entités sont qualifiées d'« associations d'entreprises » et elles constituent, au côté des « accords » et des « pratiques concertées », l'une des trois formes que peut revêtir le concours de volonté en droit communautaire, selon l'article 81 du traité CE (article 101 du TFUE).

Dès lors qu'ils sortent de leur rôle de défense des intérêts dont ils ont la charge et interviennent sur des marchés, ces organismes accomplissent des actes de production, de distribution ou de service qui constituent des ententes.

Par exemple, lorsqu'un ordre professionnel, sortant de la mission de service public qui lui est conférée en tant qu'ordre professionnel, adresse à des tiers un courrier ou une note dans lequel il se livre à une interprétation inexacte de la législation applicable à son activité, de nature à exclure certains opérateurs du marché concerné, il intervient dans une activité de services entrant dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du Code de commerce et se rend responsable d'une entente anticoncurrentielle.

Dans une décision **09-D-07** du 12 février 2009 relative à une saisine de la société Santéclair à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé<sup>35</sup>, le Conseil a sanctionné le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et les conseils départementaux du Bas-Rhin, des Pyrénées-Orientales, de Saône-et-Loire, du Var et du Vaucluse, pour avoir incité les chirurgiens dentistes à boycotter un partenariat avec Santéclair, société de services spécialisés intervenant pour des compagnies d'assurances et des mutuelles en matière de couverture complémentaire santé : « [...] *En laissant clairement entendre que son avis impliquait [...] une injonction de non-adhésion au protocole pour ceux qui n'y avaient pas déjà souscrit, le Conseil national de l'ordre a diffusé une interprétation inexacte de la portée de ses avis déontologiques sur les protocoles proposés aux chirurgiens-dentistes qui, compte tenu du contexte, doit être considérée comme une invitation à évincer du marché la société Santéclair.* » À la suite de cette action, un certain nombre de chirurgiens-dentistes ont dénoncé leur partenariat avec Santéclair.

Dans une décision **09-D-17** du 22 avril 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse-Normandie<sup>36</sup>, l'Autorité de la concurrence a, sur requête d'un pharmacien, sanctionné pour entente anticoncurrentielle une pratique du conseil régional de l'ordre visant à réserver aux pharmaciens les plus proches des maisons de retraite et des établisse-

35. Décision confirmée par CA Paris, 19 janvier 2010, Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes.

36. Décision définitive.

ments de soins la fourniture des médicaments et autres produits de soins pour la clientèle de ces établissements. Par une lettre adressée à une maison de retraite, le conseil régional de l'ordre était intervenu en incitant cet établissement à s'adresser aux pharmacies les plus proches de son implantation. L'Autorité a souligné que du fait qu'elle émanait d'un organisme professionnel représentant la collectivité de ses membres, une telle intervention s'analysait comme une action concertée ayant pour objet et pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence, notamment en limitant l'accès au marché et le libre exercice de la concurrence, ainsi qu'en répartissant les marchés et les sources d'approvisionnement.

Dans une décision **09-D-39** du 18 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du thermalisme, l'Autorité a sanctionné l'élaboration et la diffusion, à l'initiative du Conseil national des exploitants thermaux, de circulaires destinées à l'ensemble de ses membres visant à facturer aux curistes assurés sociaux un supplément d'un montant forfaitaire de dix euros, qualifié de frais de dossier et non remboursable par l'assurance-maladie.

### *Les accords intragroupes*

Aux fins de l'application des règles de la concurrence, la séparation formelle entre deux sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, n'est pas déterminante. Ce qui importe, c'est l'unité ou non de leur comportement sur le marché. Si deux sociétés ayant des personnalités juridiques distinctes forment ou relèvent d'une seule et même entreprise ou entité économique qui déploie un comportement unique sur le marché, les accords conclus entre elles ne constituent pas des ententes illicites, dès lors qu'elles ne disposent pas d'autonomie commerciale (*cf.*, en ce sens, CJCE, 14 juillet 1972, ICI/Commission, C-48/69, *Rec.* p. 619, point 140). L'entente ne pourra exister qu'entre entreprises autonomes au sens du droit de la concurrence. Les accords intragroupes entre la maison mère et sa filiale ne relèveront du droit des ententes que si la filiale est autonome.

S'agissant du droit des ententes, la maison mère est présumée responsable des pratiques commises par sa filiale à 100 %, sauf pour elle à renverser cette présomption en démontrant que la filiale disposait d'une autonomie de décision, de sorte que les deux entreprises ne peuvent être poursuivies pour entente, faute d'indépendance économique (CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel NV e. a., C-97/08P; *cf.* aussi décision 06-D-07 *bis*; CA Paris, 15 juin 1999, Sacer).

Toutefois, ce principe d'immunité des accords intragroupes connaît une exception dans le domaine des marchés publics.

En effet, comme l'a expliqué le Conseil de la concurrence dans sa décision 06-D-26 du 15 septembre 2006 relative à la saisine des sociétés Lamy Moto et Moto Ouest à l'encontre des sociétés Yamaha Motor France et MBK, les mécanismes de concurrence à l'œuvre dans les procédures d'appels d'offres publics ne sont pas les mêmes que ceux d'un marché classique de biens de consommation : « [...] *Lors des procédures d'appel d'offres public, le mécanisme de formation des prix recherché et les règles de choix de l'acheteur public supposent en eux-mêmes, à l'égard de la prestation particulière qui est demandée, l'indépendance des offreurs qui formulent des offres distinctes*

*et l'incertitude quant aux offres qui seront déposées. Dans ce contexte, sauf à ce que deux entreprises du même groupe constituent officiellement vis-à-vis du donneur d'ordre un groupement ou annoncent une sous-traitance entre elles, la formulation d'offres distinctes par de telles entreprises exige l'indépendance totale de l'élaboration de leurs offres, faute de quoi le mécanisme de formation du prix, ainsi que l'application de ces règles de choix sont nécessairement perturbés, que le donneur d'ordres ait été ou non informé de l'absence d'indépendance des offres en cause. Il y a alors coordination d'offres qui ont vocation à être élaborées de manière indépendante spécifiquement pour répondre à la demande particulière préalablement exprimée. La concurrence est faussée. En revanche, dans le cas d'un marché classique d'un bien de consommation, la coordination d'offres distinctes d'entreprises appartenant au même groupe et l'absence éventuelle de connaissance, par l'acheteur, de cette coordination ne perturbent normalement pas le mécanisme de formation des prix et le libre choix de l'acheteur entre des offres existant préalablement à la manifestation de son propre besoin. Les prix et le choix résultent alors simplement du degré de compétition sur le marché, de la capacité des produits offerts à satisfaire les acheteurs et donc de la confrontation au jour le jour de l'offre et de la demande. Dans ce cadre, le consommateur arbitre en comparant les produits substituables et s'il ne choisit pas le moins cher, c'est qu'il valorise d'autres caractéristiques, comme l'image de marque. Un groupe mènera ainsi une politique de deux marques concurrentes tant qu'elle lui permettra de maximiser son profit, c'est-à-dire tant que des consommateurs en nombre suffisant seront prêts à acheter des produits de l'une des deux marques, plutôt que de se reporter sur d'autres. Le fait que l'acheteur ne sache pas que deux marques relèvent d'un même groupe d'entreprises ne fausse pas la concurrence dans ces circonstances. Pour ces raisons, l'obligation qui pèse sur des entreprises d'élaborer de manière indépendante des offres distinctes dans le cas d'un appel d'offres public, sauf à annoncer la constitution d'un groupement ou d'une sous-traitance pour l'occasion, ne s'impose pas sur un marché classique de biens de consommation.»*

Le Conseil de la concurrence a clarifié à plusieurs reprises les conditions dans lesquelles des entreprises appartenant à un même groupe peuvent soumissionner à un appel d'offres.

Selon une jurisprudence constante, les dispositions prohibant les ententes illicites ne s'appliquent pas aux accords intragroupes, dès lors que les filiales ne disposent pas d'une autonomie commerciale.

Le Conseil et, à sa suite, l'Autorité, en ont tiré trois conséquences :

- il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale, de présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt des offres ;
- il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale, de renoncer, généralement ou ponctuellement, à cette autonomie commerciale à l'occasion d'une mise en concurrence et de se concerter, pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre ou pour établir cette offre, à la condition de ne déposer qu'une seule offre ;

- en revanche, si de telles entreprises déposent plusieurs offres, la pluralité de ces offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent et l'indépendance de ces offres. Mais, si ces offres multiples ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, ces offres ne sont plus indépendantes. Dès lors, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence et cette pratique a, en conséquence, un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel. Il est, par ailleurs, sans incidence sur la qualification de cette pratique que le responsable du marché ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors que l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations.

### *Les contrats d'agence*

La question de l'absence d'autonomie entre sociétés peut également concerner, dans certaines circonstances, les relations entre une société et son représentant de commerce ou entre un commettant et son commis.

Lorsqu'un agent, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique les instructions qui lui sont imparties par son commettant, les interdictions édictées par l'article 81 du traité CE (article 101 du TFUE) et par l'article L. 420-1 du Code de commerce sont inapplicables dans les rapports entre l'agent et son commettant, avec lequel il constitue une unité économique.

La Commission, dans les lignes directrices sur les restrictions verticales<sup>37</sup> considère que le vrai contrat d'agence est constitué lorsque l'agent ne supporte aucun risque financier ou commercial en ce qui concerne les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné ou une partie négligeable de ceux-ci<sup>38</sup>.

Dans une décision **09-D-23** du 30 juin 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtement prêt-à-porter féminin et d'accessoires, l'Autorité de la concurrence avait à déterminer si la politique de prix de Punto Fa à l'égard de ses revendeurs indépendants en France constituait une entente verticale sur les prix, et donc, si ces revendeurs constituaient des entreprises autonomes par rapport à Punto Fa ou s'ils étaient, au contraire, de simples agents de Punto Fa interdépendants formant avec elle une seule entreprise, auquel cas aucune entente ne pouvait être caractérisée au sein de cette entreprise unique. L'Autorité a rappelé au paragraphe 48 de sa décision que cette interdépendance peut concerner tant les relations entre une société mère et ses sociétés filiales à l'intérieur d'un même groupe que les relations entre une société et son représentant de commerce ou entre un commettant et son commis. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes, ci-après, le « Tribunal », a ainsi précisé, dans son arrêt du 15 septembre 2005, *DaimlerChrysler c/Commission* (T-325/01, *Rec. p. II-3319*), que « si un [...] intermédiaire exerce une activité au profit

37. Communication de la Commission portant Lignes directrices sur les restrictions verticales (2000/C 291/01) : points 12 à 20.

38. Précité, point 15.

de son commettant, il peut en principe être considéré comme organe auxiliaire intégré dans l'entreprise de celui-ci, tenu de suivre les instructions du commettant et formant ainsi avec cette entreprise, à l'instar de l'employé de commerce, une unité économique» (CJCE, 16 décembre 1975, Suiker Unie e. a./Commission, 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, Rec. p. 1663). « Il en est autrement si les conventions passées entre le commettant et ses agents confèrent ou laissent à ces derniers des fonctions se rapprochant économiquement de celles d'un négociant indépendant, du fait qu'elles prévoient la prise en charge, par lesdits agents, des risques financiers liés à la vente ou à l'exécution des contrats conclus avec des tiers ». Et le Tribunal de conclure : « Dès lors qu'un agent [...] ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique les instructions qui lui sont imparties par son commettant, les interdictions édictées par l'article 81, paragraphe 1, CE sont inapplicables dans les rapports entre l'agent et son commettant, avec lequel il forme une unité économique. » Le Conseil de la concurrence a largement repris cette analyse dans son rapport annuel pour l'année 2006 qui fait mention de cette jurisprudence communautaire.

Il s'ensuit que, dans le cadre d'une relation verticale entre un fournisseur et un distributeur, il incombe à l'Autorité de la concurrence de vérifier que ces deux opérateurs, même s'ils sont juridiquement indépendants, ne constituent pas une seule et même entité économique active sur le marché, ce qui revient, a résumé l'Autorité au paragraphe 65, à « déterminer si le distributeur partenaire est en mesure de décider de sa stratégie commerciale indépendamment de son fournisseur [capacité entrepreneuriale] et à établir si les risques assumés par le distributeur constituent des "risques économiques sensibles liés aux ventes de produits concernés ou aux "investissements spécifiques au marché»<sup>39</sup>.

### Capacité entrepreneuriale

L'Autorité a défini « la capacité entrepreneuriale » comme « la capacité d'un distributeur à déterminer sa propre stratégie commerciale ». Cette capacité dépend « d'un certain nombre de facteurs. Il [le distributeur] doit être notamment en mesure de décider librement du lieu d'implantation de son activité, de l'aménagement de son point de vente, de la promotion de son activité, de l'approvisionnement de son point de vente, de la détermination des prix et des conditions commerciales à la clientèle. L'ensemble de ces éléments contribue à établir la capacité entrepreneuriale du distributeur en tant qu'entité économique autonome » (§ 69).

Déclinée au secteur de la distribution de prêt-à-porter féminin, fortement influencée par la mode et le renouvellement rapide des collections, cette capacité doit être vérifiée au regard de la maîtrise de l'approvisionnement, du réassort et du déstockage, facteur réellement déterminant.

Après examen, l'Autorité a conclu que « le distributeur partenaire du réseau Mango en France n'est pas en mesure de déterminer de façon autonome sa stratégie commerciale par rapport à celle de son fournisseur. En effet, le distributeur partenaire n'est pas maître de l'aménagement de son point de vente, n'est pas propriétaire de la marchandise qu'il

39. Soulignement ajouté.

## Pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence

*est chargé de commercialiser, ne maîtrise ni son stock ni son réassort, ne dispose pas des moyens de promouvoir les produits qu'il vend. En outre, sa marge de manœuvre pour déterminer de façon autonome le prix de vente au consommateur final paraît pour le moins étroite. Enfin, il faut insister sur le fait que le distributeur partenaire n'assume pas le risque commercial principal de ce secteur d'activité très influencé par la mode, à savoir les invendus qui sont intégralement pris en charge par le fournisseur» (§ 89).*

### Risques liés aux investissements spécifiques au marché

Les risques liés aux investissements spécifiques au marché sont, selon l'Autorité, constitués des investissements que requiert le type d'activité pour lequel le distributeur partenaire a contracté avec son fournisseur, à savoir la distribution de vêtement prêt-à-porter féminin de marque Mango.

L'Autorité a relevé qu'il s'agissait, pour l'essentiel, des investissements réalisés pour l'équipement et l'agencement du magasin aux fins du respect de l'unité de présentation et d'image de l'enseigne Mango, dont le coût moyen pouvait représenter 5 à 10 % du chiffre d'affaires d'un point de vente, mais dont une partie pourrait être valorisée lors de la revente du local. Par conséquent, ces investissements constituent pour une large part des coûts récupérables en cas de cessation d'activité. Elle en a conclu que les risques commerciaux et financiers assumés par le distributeur partenaire de Punto Fa ne constituaient pas des risques économiques sensibles.

En conclusion, l'Autorité a estimé que les distributeurs partenaires de Punto Fa n'avaient pas la capacité de déterminer de façon autonome leur stratégie commerciale et n'assumaient aucun risque économique sensible dans le cadre de leur activité commerciale, le risque majeur lié aux invendus étant pris en charge par le seul fournisseur.

Dès lors, en dépit de leurs personnalités juridiques distinctes, Punto Fa et ses distributeurs partenaires forment une unité économique unique au sens du droit de la concurrence et, par conséquent, leurs relations échappent à la prohibition posée par les articles L. 420-1 du Code du commerce et 101 du traité. Le grief d'entente verticale sur les prix, notifié au premier, a donc été écarté.

En revanche, dans une décision **09-D-31** du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football (FFF)<sup>40</sup>, l'Autorité a écarté le moyen avancé par la société Sportfive selon lequel le contrat de commercialisation des droits marketing de la FFF signé entre elle et la FFF constituait un contrat d'agence.

L'Autorité a souligné (§ 266) que dans les contrats marketing qui lient la FFF et Sportfive, cette dernière assume un risque financier important, car elle s'engage sur un montant minimal de recettes à verser à la Fédération quel que soit le volume de chiffre d'affaires réalisé. Ce montant, qui se chiffre en dizaines de millions d'euros, est très élevé. Il représente un risque dissuasif pour les nouveaux entrants sur le marché, risque que Sportfive a jugé elle-même si important qu'elle

40. Décision définitive.

a cherché à en atténuer le poids en obtenant, après la signature des contrats, la fusion des minima garantis de l'Équipe de France et de la Coupe de France et enfin leur disparition pure et simple. Par ailleurs, l'Autorité a énuméré les nombreuses prestations contractuelles que Sportfive apportait à ses clients et revendiquait elle-même dans la définition de ses missions, pour caractériser le caractère autonome de sa stratégie commerciale.

### *Le concours de volontés doit avoir été librement consenti*

En droit communautaire, comme en droit national, sont seuls visés les comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative<sup>41</sup>.

Si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui, lui-même, élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, les articles 81 et 82 du traité CE (articles 101 et 102 du TFUE) ne leur sont pas applicables. Dans une telle situation, la restriction de concurrence ne trouve pas sa cause dans des comportements autonomes des entreprises (cf. TPICE, 11 décembre 2003, Transbordeurs grecs, Strintzis Line Shipping SA, T-65/99, point 119). En revanche, les articles 81 et 82 du traité CE (articles 101 et 102 du TFUE) peuvent s'appliquer s'il s'avère que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises<sup>42</sup>. En droit national, l'article L. 420-4, 1<sup>er</sup> alinéa, du Code de commerce constitue le pendant à l'« autorisation de la loi » communautaire. Il dispose : « Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 : 1) les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire [...] ».

Les entreprises peuvent donc invoquer « l'exception tirée de l'action étatique » ou « l'autorisation de la loi », lorsqu'elles sont incitées à enfreindre le droit de la concurrence par la législation nationale elle-même (cf. « Les pratiques résultant d'un texte »).

En pratique, cette exception est peu pratiquée, en droit communautaire, comme en droit national<sup>43</sup>.

En revanche, la contrainte ou la légitime défense ne constituent pas des causes d'exonération des pratiques d'entente, sauf si elles revêtent un caractère d'irrésistibilité.

L'Autorité a souligné qu'il importe peu, pour la caractérisation du concours de volontés, que l'accord ait été conclu contre l'intérêt économique de l'une des parties, ainsi que l'a rappelé le Tribunal de première instance des Communautés européennes, dans un arrêt du 9 juillet 2009, Peugeot et Peugeot Nederland (T-450/05) : « L'existence d'un accord ne pourrait être exclue au motif que celui-ci semble aller à l'encontre de certains des intérêts d'une partie dès lors qu'existe comme en l'espèce la preuve de l'acquiescement de cette partie » (§ 185).

41. CJCE, 20 mars 1985, Italie/Commission, C-41/83, *Rec. p.* 873, points 18 à 20; CJCE, 19 mars 1991, France/Commission, C-202/88, *Rec. p.* I-1223, point 55.

42. CJCE, 29 octobre 1980, Van Landewycke e. a./Commission, C-209/78 à 215/78 et C-218/78, *Rec. p.* 3125, point 126.

43. CJCE, 10 décembre 1985, Stichting Sigarettenindustrie e. a./Commission, C-240/82 à 242/82, C-261/82, C-262/82, C-268/82 et C-269/82, *Rec. p.* 3831, points 27 à 29.

### Le concours de volontés

Dans un arrêt du 18 décembre 2001, Bajus, la cour d'appel de Paris rappelle qu'« une pratique ne peut être qualifiée d'entente anticoncurrentielle que si les entreprises en cause ont librement et volontairement participé à l'action concertée, en sachant quel en était l'objet ou l'effet ».

L'entente serait donc la libre expression d'une volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché en sachant quel était l'objet ou l'effet de ce comportement.

Les volontés libres et autonomes, doivent se nouer dans une volonté commune pour constituer l'entente. Chaque volonté doit rencontrer la volonté des autres, ce qui veut dire, qu'elle doit s'extérioriser d'une certaine façon.

L'objet du concours de volontés recouvre en réalité deux cas de figure qui peuvent largement se recouper avec les notions d'accord et de pratique concertée en droit communautaire.

En présence d'un accord, l'objet du concours de volontés consiste en un plan, une stratégie précise.

En présence d'une pratique concertée ou concertation ou entente tacite en droit national, l'objet du concours de volontés se limite à la mise en commun d'informations, sans aller jusqu'à l'adoption d'un plan. La pratique se situe à mi-chemin entre l'acte unilatéral et le concours de volontés.

*L'objet consiste en l'adoption d'un plan : la notion communautaire d'« accord »*

Dans une décision **09-D-31** du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football, l'Autorité a rappelé que la preuve d'accords peut résulter directement de la signature de contrats.

*L'objet du concours de volontés réside dans le partage d'informations : la notion de « pratique concertée »*

Sans aller jusqu'à la constitution d'un plan commun d'action, les opérateurs partagent des informations sur les prix ou sur d'autres données que les prix, réduisant l'incertitude de chacun sur le comportement des autres. Les entreprises n'ont pas de projet commun, mais mettent en place des structures de coordination dont l'objectif est plus général : il ne s'agit pas de s'accorder sur un barème de prix (là, on est en présence d'un accord), mais de mettre en place, par exemple, un programme de lutte contre la détérioration des marges des entreprises. La notion de « pratique concertée » permet d'appréhender les concours de volontés qui ne sont pas noués autour d'un projet d'action précis.

Les parties n'ont pas décidé à l'avance ce qu'elles feraient. Mais elles adoptent en connaissance de cause un mécanisme collusoire qui facilite la coordination de leur comportement commercial.

Autrement dit, au sens du droit de la concurrence, il y aura concordance de volontés, non seulement quand les entreprises conviennent à l'avance de leur comportement sur le marché, mais également lorsqu'elles éliminent délibérément le risque d'ignorance de leurs comportements futurs par une information réciproque et lorsque, grâce à cela, elles peuvent coordonner leur comportement. L'élément de coopération consiste en ce que chacun des participants, du fait de la concordance des volontés, peut escompter que les autres adopteront sur le marché un comportement déterminé.

Le concours de volontés ne vise pas l'obtention d'un objectif déterminé, comme un prix ou une répartition de marchés, mais une atténuation de concurrence sur le marché. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence admet que la transmission unilatérale d'informations stratégiques à des concurrents manifeste un concours de volontés, nonobstant le rôle purement passif des entreprises qui reçoivent les informations en cause, le concours de volontés étant dans ce cas constitué par la volonté commune de réduire la concurrence.

Dans une décision **09-D-05** du 2 février 2009<sup>44</sup>, le Conseil de la concurrence a sanctionné Adecco, Manpower et VediorBis, les trois leaders mondiaux de l'intérim pour s'être entendus afin de limiter la compétition entre eux vis-à-vis de leurs clients importants. Les entreprises en cause se coordonnaient fréquemment sur les différents éléments de leur politique commerciale et tarifaire vis-à-vis de leurs clients «grands comptes», tels qu'Eiffage, La Poste, Alstom, EDF, Servair, les Galeries Lafayette ou Alcan. Selon les cas, elles échangeaient des informations – par exemple sur les coefficients de facturation appliqués aux salaires des intérimaires, sur les remises de fin d'année ou encore sur le niveau des rétrocessions aux entreprises utilisatrices des allègements de charges décidés à l'époque (allègements Fillon) – voire discutaient du montant de leurs offres. Le but de la concertation était de faire en sorte que la compétition par les prix joue le moins possible entre elles.

### *Les différentes restrictions de concurrence*

Le 1° de l'article 101 du traité réprime «*tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :*

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;*
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;*
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;*

44. Décision confirmée par CA Paris, 26 janvier 2010, Adecco France.

- d) *appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;*  
e) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats».*

L'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe : *«Même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :*

- 1. Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises;*
- 2. Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse;*
- 3. Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique;*
- 4. Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.»*

Selon qu'elles sont nouées ou non entre des entreprises situées au même niveau de la chaîne commerciale, les ententes revêtent la qualité d'ententes horizontales ou verticales.

### Ententes horizontales

Les ententes horizontales peuvent revêtir des formes très diverses, telles que, par exemple, des ententes de prix ou de marges entre entreprises concurrentes, des fixations de barèmes de prix par des organismes professionnels, des échanges d'informations avant le dépôt d'offres dans le cadre d'appel à la concurrence, des concertations entre entreprises dans le but d'entraver l'accès au marché de nouveaux concurrents.

En 2009, le Conseil, puis l'Autorité, ont été conduits à se prononcer sur la plupart de ces cas de figure.

#### *Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics*

Le Conseil a rappelé, dans plusieurs considérants de principe, sa jurisprudence en la matière.

*«À de multiples reprises le Conseil de la concurrence a rappelé, en matière de marchés publics sur appels d'offres, qu'il est établi que des entreprises ont conclu une entente anti-concurrentielle dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être (cf. notamment les décisions 03-D-10 du 20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le Port autonome de Marseille et 03-D-19 du 15 avril 2003 relative à des pratiques relevées sur le marché des granulats dans le département de l'Ardèche). Ces pratiques peuvent avoir pour objet de fixer les niveaux de prix auxquels seront faites les soumissions, voire même de désigner à l'avance le futur titulaire du marché, en le*

*faisant apparaître comme le moins-disant. Mais de simples échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres. Alors que les maîtres d'ouvrage organisent un appel d'offres afin d'obtenir, par le jeu de la concurrence, la meilleure offre, conformément aux prescriptions du Code des marchés publics lorsqu'il s'agit d'acheteurs publics, ces pratiques ont pour effet d'élever artificiellement les prix des prestations concernées.»*

*« La preuve de l'existence de telles pratiques, qui sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence, peut résulter en particulier d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de diverses pièces recueillies au cours de l'instruction, même si chacune des pièces prises isolément n'a pas un caractère suffisamment probant (cf. notamment les décisions 01-D-17 du 25 avril 2001, relative à des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés d'électrification de la région du Havre et 01-D-20 du 4 mai 2001, relative à des pratiques relevées concernant plusieurs marchés de travaux de peinture et d'étanchéité dans le département de l'Indre-et-Loire).»*

*« Par ailleurs, un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, est opposable à l'entreprise qui l'a rédigé, à celle qui l'a reçu et à celles qui y sont mentionnées et peut être utilisé comme preuve d'une concertation ou d'un échange d'informations entre entreprises, le cas échéant par le rapprochement avec d'autres indices concordants (CA Paris, 18 décembre 2001, SA Bajus Transport; Cass. com., 12 janvier 1993, n° 91-11.623, Sté Sogea). La preuve de l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite, à défaut de date certaine apposée sur un document, de l'analyse de son contenu et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, et notamment avec le résultat des appels d'offres (CA Paris, 2 avril 1996, Sté Pro Gec SA).»*

### *Échange d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres*

Dans une décision **09-D-03** du 21 janvier 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire et interurbain par autocar dans le département des Pyrénées-Orientales<sup>45</sup>, le Conseil de la concurrence a sanctionné plusieurs entreprises de transport pour s'être réparti, avant le dépôt des offres, les lots du marché de transport scolaire lancé en mars 2002 dans le département des Pyrénées-Orientales, qui a donné lieu à une relance en juillet 2002, puis en mars 2003 sur un lot, et pour avoir empêché l'un des candidats à l'appel d'offres, la société Siberbus ou sa filiale CFT, de pouvoir normalement soumissionner en constituant des groupements.

Les entreprises précédemment titulaires du marché et qui souhaitaient chacune être maintenues dans leur lot, ont constitué des groupements locaux qui ont chacun candidaté à un seul des neuf lots. Le Conseil n'a sanctionné que les entreprises à l'encontre desquelles existait un faisceau d'indices graves, précis et concordants

45. Décision confirmée par CA Paris, 5 janvier 2010, Sté d'exploitation de l'entreprise Ponsaty.

(saisie, au sein des sociétés, de documents établissant la tenue de réunions au cours desquelles était décidé le partage des lots préalablement au dépôt des offres ; déclarations d'entreprises reconnaissant l'existence de ces réunions). En effet, ainsi que le Conseil l'a souligné dans sa décision (§ 98), « *le seul fait d'être citées dans des documents comme membres de groupements ne prouve pas qu'elles (les entreprises) ont elles-mêmes participé aux réunions et autres échanges anticoncurrentiels ayant débouché sur la constitution de ces groupements* ».

Le rôle joué par le donneur d'ordre dans la collusion n'a pas permis d'écartier la responsabilité des entreprises dans l'entente, ainsi que le Conseil de la concurrence l'avait relevé dans sa décision 05-D-19 du 12 mai 2005 (route des estuaires), ici rappelée : « *Selon la jurisprudence, les pratiques utilisées par le maître de l'ouvrage à l'occasion d'un appel d'offres, même si elles facilitent les pratiques irrégulières des entreprises, ne peuvent pas faire échec à l'application des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 devenu l'article L. 420-1 du Code du commerce, dès lors que sont établies à l'encontre des sociétés des pratiques tendant à fausser le jeu de la concurrence* (Cass. com., 12 janvier 1993, n° 91-11.623, Sté Sogea) ».

Ainsi, selon la pratique décisionnelle constante, le comportement ou l'inexpérience du maître de l'ouvrage à l'occasion d'un appel d'offres, même s'il est susceptible de faciliter les pratiques irrégulières des entreprises, ce qui semble être le cas en l'espèce, ne peut faire échec à l'application des règles de concurrence (*cf.* aussi décision **09-D-25**, § 163).

Dans une décision **09-D-13** du 25 mars 2009<sup>46</sup>, l'Autorité de la concurrence, saisie par le Conseil général de l'Isère d'anomalies dans les offres déposées par plusieurs entreprises en réponse à une procédure d'appel d'offres (mêmes erreurs dans le report de quatre prix unitaires sur le bordereau de prix unitaires), a établi que ces malfaçons identiques des bordereaux remis par les entreprises soumissionnaires ne révélaient pas l'existence d'un échange d'informations prohibé mais un dysfonctionnement du logiciel de traitement des offres mis à la disposition des entreprises concernées par la société de services informatiques Edisys. Une « *anomalie de chaînage dans les fichiers* » expliquait les décalages identiques constatés dans les bordereaux de prix unitaires adressés au maître d'ouvrage. L'Autorité a donc prononcé un non-lieu.

Dans une décision **09-D-18** du 2 juin 2009<sup>47</sup>, l'Autorité, saisie de la pratique d'échanges d'informations entre la Régie des transports de marseille (RTM) et les sociétés Veolia, Transdev et Keolis, avant que la RTM ne choisisse finalement Veolia comme partenaire dans son groupement, a admis que la constitution de groupements donne lieu à des discussions entre entreprises pour sélectionner les partenaires qui déposeront une offre unique en groupement, pour autant que de tels échanges ne conduisent pas à fausser la concurrence dans l'hypothèse où le projet de groupement serait abandonné et où les entreprises ayant participé à ces échanges souhaiteraient déposer individuellement une offre.

46. Décision définitive.

47. Décision définitive.

De la même façon, le Conseil de la concurrence avait considéré dans une décision 06-D-25 du 28 juillet 2006 que « *les échanges d'information effectués entre entreprises susceptibles de participer à un groupement ne doivent pas porter sur des éléments de l'appel d'offres tant que le groupement n'est pas constitué. Sinon, ces échanges faussent la concurrence entre entreprises toujours susceptibles de présenter des offres indépendantes* ».

Un autre principe posé par le Conseil de la concurrence a été rappelé dans la décision de l'Autorité, selon lequel la rupture des négociations en vue d'un groupement rend immédiatement leur autonomie aux entreprises. Par conséquent, elles ne doivent pas continuer à échanger des informations commerciales sensibles, en particulier en matière de prix. Ainsi, le Conseil avait-il considéré dans sa décision 01-D-59 qu'« *un échange d'informations portant notamment sur les prix, postérieur à la rupture des négociations (pour la constitution d'un éventuel groupement et antérieure à la date limite de réception des offres), est constitutif d'une entente anticoncurrentielle* ».

En premier lieu, l'Autorité a recherché, dans le cas d'espèce, si les informations échangées portaient ou non sur des éléments de l'appel public à candidatures ou de l'appel d'offres, afin de déterminer si ces échanges étaient susceptibles de tomber sous le coup de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

L'examen des résultats de la consultation a permis d'observer que les informations transmises par les trois entreprises candidates au partenariat demeuraient relativement générales, et notamment pour ce qui concerne le partage du risque d'exploitation. En effet, Veolia, Transdev et Keolis n'ont proposé qu'un pourcentage de prise en charge du risque. En revanche, elles n'ont formulé aucune proposition relative au compte prévisionnel d'exploitation où figurent notamment les estimations du groupement en matière de charges et de recettes d'exploitation. Les échanges d'informations entre la RTM et ses partenaires potentiels n'ont donc pas porté sur les éléments que la collectivité publique avait annoncés comme devant départager les candidats à l'appel public à candidatures.

L'Autorité a donc estimé que ces échanges n'étaient pas de nature à fausser un éventuel dépôt d'offres concurrentes des candidats non retenus par la RTM, à savoir Keolis et Transdev.

En second lieu, l'Autorité a constaté que ni Transdev ni Keolis n'avaient continué à échanger des informations après le choix de Veolia par la RTM et que, par ailleurs, elles n'avaient déposé aucune offre.

Dans une décision **09-D-25** du 29 juillet 2009 relative à des pratiques d'entreprises spécialisées dans les travaux de voies ferrées<sup>48</sup>, l'Autorité a sanctionné cinq entreprises pour avoir échangé des informations avant le dépôt des soumissions dans deux appels d'offres de 2004.

La preuve de ces échanges résultait de la réunion d'un faisceau d'indices constitués de documents saisis au siège des entreprises. Ces documents, quoique non datés, n'avaient pu être établis qu'avant le dépôt des offres et ils démontraient que les entreprises procédaient à des concertations entre elles de nature à fausser la

48. Un recours a été formé contre cette décision.

concurrence. L'Autorité a considéré que ni le choix du maître d'ouvrage, la SNCF, de recourir à une présélection des candidats, ni les multiples liens et interdépendances existant entre les entreprises du secteur n'étaient de nature à exonérer ces pratiques, ni même à en atténuer la gravité.

Dans une décision **09-D-31** du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football (FFF), l'Autorité a sanctionné, outre l'accord exclusif signé entre la FFF et Sportfive, l'organisation d'un appel d'offres en 2001 pour l'attribution de la totalité des droits marketing de la FFF, démontrant la poursuite du dessein anticoncurrentiel des deux parties visant à avantager la société Sportfive. À cette occasion, l'Autorité a établi que les deux parties en cause se sont concertées, notamment pour empêcher un concurrent (Havas Sports) d'obtenir les informations nécessaires au chiffrage de sa réponse à l'appel d'offres. Chaque concurrent devait s'engager sur un minimum garanti de chiffre d'affaires à verser à la FFF. Les informations sollicitées par Havas sur la base d'un questionnaire détaillé sur les lots adressés à la FFF, avaient pour objet de lui permettre cette évaluation, risquée pour une entreprise. Faute d'avoir obtenu ces informations, à cause de la collusion entre la FFF et Sportfive, Havas n'a pu s'engager sur un minimum garanti et a perdu le marché.

L'Autorité a aussi stigmatisé l'absence de publicité suffisante de l'appel d'offres, la brièveté des délais de réponse accordés, les négociations, avant et après l'attribution du marché à Sportfive, ainsi que les modifications substantielles du marché tel qu'initialement prévu et notamment sur le point ayant provoqué l'exclusion de Havas, le minimum garanti, qui a été finalement supprimé. Ces pratiques ont faussé l'appel à la concurrence organisé par la FFF en confortant les droits exclusifs de l'opérateur en place et en fermant le marché à toute concurrence extérieure.

Dans une décision **09-D-34**, l'Autorité a écarté l'argument avancé par les parties selon lequel l'échange d'informations avant le dépôt des offres serait justifié par leurs relations de sous-traitance, soulignant que si des entreprises échangent des informations dans la perspective d'une sous-traitance, elles ne sont pas autorisées à présenter des offres séparées pour ce marché. L'Autorité a rappelé la décision 07-D-47 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'équipement pour la navigation aérienne, où celui-ci indiquait : « *Les explications des entreprises, selon lesquelles l'échange d'informations entre Thomson et SEEE a eu lieu dans le cadre de discussions préparatoires à une sous-traitance limitée portant sur la fourniture de groupes électrogènes, sont inopérantes. Ainsi qu'indiqué précédemment, lorsque des entreprises échangent des informations sur leurs prix pour une éventuelle sous-traitance en vue de l'exécution d'un marché sur appel d'offres, elles ne peuvent ensuite présenter simultanément des offres séparées pour ce marché. Dans ce cas, leurs offres ne sont pas indépendantes, même partiellement, et la concurrence est faussée.* »

### *Offre de couverture*

Il s'agit du dépôt, par une entreprise soumissionnaire, d'une offre d'un montant volontairement plus élevé que l'offre de l'entreprise avec laquelle elle s'est entendue

et dont l'offre devra apparaître comme la moins-disante, pour être déclarée attributive du marché.

Sauf exception (les offres de principe), aucune entreprise soumissionnaire n'a, en soi, intérêt à se voir évincer d'un marché particulier et donc à accepter d'y présenter une offre de couverture. Cependant, dans les secteurs où un nombre restreint de groupes ou d'entreprises sont appelés à se retrouver fréquemment en situation de concurrence pour l'attribution de marchés publics (de même nature ou concernant des prestations connexes), le comportement de l'entreprise déposant une offre de couverture s'explique par les compensations qu'elle pourra ou espérera obtenir pour des marchés ultérieurs et qui pourront prendre la forme d'offres de couverture en sa faveur.

Ainsi, le dépôt d'offres de couverture sur un marché particulier a deux effets. D'une part, il fausse le jeu de la concurrence sur le marché considéré et est, par là même, prohibé par les dispositions sur les ententes restrictives de concurrence; d'autre part, il porte en germe une altération du jeu de la concurrence lors d'autres appels d'offres. Il est certes possible que les contreparties espérées ne se matérialisent pas ou qu'elles ne puissent pas être établies par une instruction devant l'Autorité, soit parce que le marché sur lequel elles pourront se manifester n'est pas encore déterminé, soit parce qu'il ne fait pas partie du champ de la saisine. Il n'en reste pas moins que le dépôt d'une offre de couverture a, en tout état de cause, un effet anticoncurrentiel immédiat sur le fonctionnement du marché sur lequel il est observé.

Cette analyse a été confirmée par la cour d'appel qui, dans un arrêt du 27 février 1998, SA SCR, a jugé que « *la pratique des offres de couverture en matière de soumission à des marchés publics [...], en soi, anticoncurrentielle par son objet* ».

Les décisions **09-D-25** et **09-D-34** de l'Autorité ont sanctionné des pratiques d'offre de couverture.

### *Les accords de partage de marchés*

Dans une décision **09-D-20** du 11 juin 2009<sup>49</sup>, saisie par une société de quatre types de comportements dénoncés comme susceptibles de constituer les preuves d'une entente entre les « majors » de la profession pour se répartir les marchés départementaux d'entretien des routes en région Rhône-Alpes (la reconduction des mêmes titulaires des lots des différents marchés, des échanges d'informations avant la remise des offres, des anomalies dans les prix unitaires selon les lots et, enfin, une baisse simultanée du niveau des offres en 2005-2006), l'Autorité a rappelé que, quand bien même il serait constaté la reconduction à l'identique des titulaires sur une partie ou sur la totalité des lots, cette constatation ne suffirait pas à elle seule à caractériser une entente de répartition des lots des marchés.

Par ailleurs, elle a estimé non démontrée l'allégation d'échanges d'informations et a jugé que les prix différenciés proposés par les entreprises selon les marchés ne traduisaient pas en soi la volonté de se partager les marchés mais pouvaient aussi s'expliquer par la volonté des entreprises de définir leurs cibles commerciales selon

49. Décision définitive.

leurs choix stratégiques, qui consistent à affecter et à répartir leurs moyens d'exploitation selon la charge de travail qu'elles peuvent envisager. Par conséquent, pour parvenir à ce résultat, elles peuvent proposer des prix différenciés de façon à privilégier les marchés ou les lots de marchés qu'elles souhaitent emporter (§ 75).

### *Les réponses en groupements*

Le Conseil de la concurrence a rappelé à de multiples reprises que la constitution par des entreprises indépendantes et concurrentes, de groupements, en vue de répondre à un appel d'offres, n'est pas illicite en soi. De tels groupements peuvent avoir un effet proconcurrentiel s'ils permettent à des entreprises, ainsi regroupées, de concourir, alors qu'elles n'auraient pas été en état de le faire isolément, ou de concourir sur la base d'une offre plus compétitive. Ils peuvent, à l'inverse, avoir un effet anticoncurrentiel s'ils provoquent une diminution artificielle du nombre des entreprises candidates ou dissimulent une entente anticoncurrentielle de prix ou de répartition des marchés. Si l'absence de nécessités techniques et économiques de nature à justifier ces groupements peut faire présumer leur caractère anticoncurrentiel, elle ne suffit pas à apporter la preuve d'un tel caractère.

Dans une décision **09-D-03** du 21 janvier 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire et interurbain par autocar dans le département des Pyrénées-Orientales, le Conseil de la concurrence a sanctionné plusieurs entreprises de transport pour s'être réparti avant le dépôt des offres les lots du marché de transport scolaire lancé en mars 2002 dans le département des Pyrénées-Orientales et pour avoir empêché l'un des candidats à l'appel d'offres, la société Siberbus ou sa filiale CFT, de soumissionner en constituant des groupements. Les entreprises précédemment titulaires du marché et qui souhaitaient être maintenues dans leur lot avaient constitué des groupements locaux servant de façade qui, chacun, avait candidaté pour chacun des neuf lots.

Après avoir souligné que la constitution, par des entreprises indépendantes et concurrentes, de groupements, en vue de répondre à un appel d'offres, n'est pas illicite en soi – ceux-ci pouvant avoir un effet « proconcurrentiel » s'ils permettent à des entreprises, ainsi regroupées, de concourir, alors qu'elles n'auraient pas été en état de le faire isolément, ou de concourir sur la base d'une offre plus compétitive – le Conseil a rappelé les cas dans lesquels une telle constitution pose des problèmes de concurrence : *« Ainsi que le Conseil l'a relevé dans de récentes décisions (08-D-22 du 9 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par des géomètres-experts dans le cadre de marchés publics du département du Haut-Rhin ou 08-D-15 du 2 juillet 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de rénovation de chaufferies en Saône-et-Loire), ils peuvent, à l'inverse, avoir un effet anticoncurrentiel s'ils provoquent une diminution artificielle du nombre des entreprises candidates ou dissimulent une entente de prix ou de répartition des marchés. L'objet anticoncurrentiel d'un groupement est notamment révélé lorsque le groupement a été constitué entre des entreprises qui se sont réunies en vue de reconduire à l'identique les conditions d'exécution de prestations que la collectivité publique, antérieurement à l'appel d'offres, répartissait déjà entre ces entreprises (cf. les décisions 92-D-08 du 4 février 1992, relative*

*à des pratiques d'entreprises de transports sanitaires lors d'appels d'offres des hospices civils de Lyon et 95-D-56 du 12 septembre 1995, relative à des pratiques mises en œuvre par des entreprises de transports sanitaires lors de la passation d'un marché avec le centre hospitalier de Tourcoing*)» (§ 106).

Tel était le cas dans la présente espèce. Les transporteurs qui avaient pris part à la concertation anticoncurrentielle avaient utilisé la constitution d'un seul groupement par lot pour procéder à une répartition du marché des transports scolaires du département. Certains éléments de l'enquête prouvaient, par ailleurs, que la constitution des groupements n'avait pas servi à mutualiser les moyens, certaines entreprises adhérentes n'ayant fourni aucun moyen de transport (autocars, autobus) pour l'exécution du marché concerné.

*« [Les entreprises] ont ainsi empêché que s'instaure une concurrence non faussée qui implique que les entreprises qui déposent une offre concernant un lot en groupement ou à titre individuel ne soient pas au courant des autres offres qui seront déposées sur ce lot et sur les autres lots. La constitution d'un seul groupement par lot a en particulier empêché le dépôt d'offres par des entreprises individuelles ou des groupements concurrents de dimension plus réduite concernant un même lot. Cette situation était concevable, mais a été proscrite par le groupement convenu de toutes les entreprises intéressées par un même lot »* (§ 107 de la décision).

Toutefois, c'est sur la base d'indices établissant la tenue de réunions de partage des lots, avant le dépôt des offres, que le Conseil a sanctionné les entreprises, et non sur la seule base de constitution de groupements anticoncurrentiels.

Dans une décision **09-D-18** du 2 juin 2009, l'Autorité a estimé que le groupement constitué par la Régie des transports marseillais (RTM) avec Veolia était justifié techniquement et économiquement. Veolia apportait sa compétence technique dans le domaine de l'exploitation du réseau de tramway et partageait avec la RTM le risque financier de l'opération : *« Le souci de partager ce risque financier entre la RTM, c'est-à-dire son actionnaire unique la CUMPM, et un opérateur privé constitue une justification suffisante à la constitution du groupement »* (§ 102).

Dans la même décision, l'Autorité a rappelé que *« le fait de limiter l'accès à un groupement à ses seuls fondateurs ou à des entreprises acceptées par eux, n'est susceptible d'entraver le libre jeu de la concurrence que si la participation au groupement est la condition de l'accès au marché »*. En l'espèce, l'exclusivité totale et réciproque de la RTM et de Veolia interdisant à toutes autres entreprises de participer au groupement n'empêchait pas celles-ci de se présenter à l'appel public à candidatures de la CUMPM. Les entreprises Keolis ou Transdev avaient en effet les moyens techniques et financiers de répondre à l'appel public à candidatures.

L'Autorité a donc estimé qu'*« en dépit de l'avantage concurrentiel dont bénéficiait la RTM, la participation au groupement avec cette dernière ne peut donc être considérée comme la condition de l'accès au marché »* (§ 105).

Elle a souligné qu'une telle clause d'exclusivité dans ce type d'accord répondait à la logique même du partenariat et qu'au contraire, *« une situation dans laquelle cohabiteraient l'offre d'un groupement et l'offre d'une entreprise par ailleurs membre*

*de ce groupement ne manquerait pas de soulever des interrogations quant à la régularité de cette situation».*

### *Ententes et échanges d'information sur les prix et marges*

Dans une décision **09-D-05** du 2 février 2009, le Conseil de la concurrence, saisi par le ministre de l'Économie à la suite d'une plainte déposée devant la Commission européenne, a sanctionné Adecco, Manpower et VediorBis pour s'être entendus afin de limiter la compétition entre eux vis-à-vis de leurs clients importants. À la suite de perquisitions menées en 2004 au siège des trois leaders mondiaux (couvrant 70 % du marché français et répondant à 90 % de la demande des grands comptes, qui font appel de manière régulière et importante à l'intérim) et d'une instruction approfondie, le Conseil a établi que les entreprises en cause, afin d'atténuer significativement la concurrence entre elles, se coordonnaient fréquemment sur les différents éléments de leur politique commerciale et tarifaire vis-à-vis de leurs clients «grands comptes», tels qu'Eiffage, La Poste, Alstom, EDF, Servair, les Galeries Lafayette ou Alcan. Selon les cas, elles échangeaient des informations par exemple sur les coefficients de facturation appliqués aux salaires des intérimaires, sur les remises de fin d'année ou encore sur le niveau des rétrocessions aux entreprises utilisatrices des allègements de charges décidés à l'époque (allègements Fillon) – voire discutaient du montant de leurs offres. Le but de la concertation était de faire en sorte que la compétition par les prix joue le moins possible entre elles. Les entreprises utilisatrices de travail temporaire ont été affectées par ces pratiques puisque Adecco, Manpower et VediorBis ont pu se réserver des marges supérieures à celles qui auraient résulté du libre jeu de la concurrence. Les travailleurs intérimaires ont également souffert de la pratique en raison du renchérissement du recours à cette forme de travail. Par ailleurs, le Conseil a souligné que la pratique ayant consisté, pour les entreprises en cause, à confisquer à leur profit une partie des allègements de charges sociales (allègements Fillon) en limitant leur rétrocession aux entreprises utilisatrices était particulièrement grave.

Dans une décision **09-D-39** du 18 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du thermalisme, l'Autorité a sanctionné l'élaboration et la diffusion, à l'initiative du Conseil national des exploitants thermaux, de circulaires destinées à l'ensemble de ses membres visant à facturer aux curistes assurés sociaux un supplément d'un montant forfaitaire de dix euros, qualifié de frais de dossier et non remboursable par l'assurance-maladie. Par cette pratique, les exploitants thermaux se sont entendus sur les prix, alors que l'opportunité d'une telle facturation et son niveau devaient résulter d'une appréciation individuelle de chaque exploitant thermal.

Dans une décision **09-D-20** du 11 juin 2009, l'Autorité a rejeté l'allégation de concertation entre les entreprises pour mettre en œuvre des prix prédateurs. La simple constatation de comportements parallèles des «majors» du secteur des travaux routiers consistant à pratiquer des prix éventuellement inférieurs aux coûts à l'occasion des appels d'offres en région Rhône-Alpes ne suffit pas à démontrer l'existence d'une telle concertation. L'Autorité rappelle que, dans l'unique décision

du Conseil de la concurrence où une telle pratique d'entente prédatrice a déjà été sanctionnée – la décision 97-D-39 du 17 juin 1997<sup>50</sup> –, le parallélisme de comportement avait été conforté par plusieurs autres indices, tels que l'existence d'une entente de répartition par l'établissement de quotas entre les entreprises et la fixation de prix en commun. Face à l'arrivée d'un nouvel opérateur qui proposait des prix inférieurs à ceux résultant de l'entente et menaçait la répartition convenue, les partenaires de l'entente avaient pratiqué des prix prédateurs afin d'évincer ce perturbateur. La répartition de marchés allait de pair avec l'éviction des concurrents par la pratique de prix prédateurs.

Tel n'était pas le cas dans la présente espèce, le dossier ne comportant aucun élément matériel établissant soit l'existence d'une concertation préalable visant à se répartir les marchés d'entretien de travaux routiers ou à se concerter sur le niveau des prix des offres, soit la mise en place d'une concertation visant à définir et établir une stratégie de prix d'éviction face aux nouveaux arrivants sur le marché local, et, éventuellement, d'actions de surveillance (§ 89).

### *Entraves à l'accès au marché*

#### *L'octroi d'avantages à une filiale commune*

Saisi par les sociétés Karavel-Promovacances, Lastminute et Switch, le Conseil de la concurrence a sanctionné la SNCF, pour avoir favorisé sa filiale créée en partenariat avec Expedia, l'agence Voyages-sncf.com, au détriment des concurrents de celle-ci (cf. décision **09-D-06**<sup>51</sup>).

La SNCF a confié par mandat du 12 septembre 2001 la distribution de ses billets de train à une filiale Voyages-sncf.com, qui exploite le site voyages-sncf.com. Parallèlement, la SNCF, voulant entrer sur le marché des services d'agence de voyages et notamment sur le segment de la vente de voyages en ligne, a créé avec Expedia Inc. une entreprise commune en septembre 2001, GL Expedia, devenue l'agence Voyages-sncf.com, dont l'activité est la vente de voyages en ligne. Cette filiale est hébergée sur le site voyages-sncf.com.

Ce sont les conditions de l'hébergement de cette filiale commune qui constituent, selon le Conseil, une entente anticoncurrentielle conférant à celle-ci des avantages dans la concurrence au détriment des agences de voyages en ligne concurrentes.

Un contrat de partenariat a été conclu entre Voyages-sncf.com et GL Expedia devenue l'agence Voyages-sncf.com prévoyant les conditions d'hébergement de l'offre de la filiale sur le site Web voyages-sncf.com, à côté de l'offre ferroviaire. Il prévoyait notamment la mise en place systématique d'une politique de ventes croisées visant à promouvoir, lors de chaque réservation des produits de l'un des partenaires, la vente des produits de l'autre partenaire. Parmi les mesures prévues dans ce contrat figurait le partage des revenus de commercialisation de l'espace publicitaire du site, fixé à 35 % pour Voyages-sncf.com et 65 % pour GL Expedia.

50. Affaire non encore définitive, renvoyée devant la cour d'appel de Paris par un arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 2009, Cemex France.

51. Décision confirmée par CA Paris, 23 février 2010..

Ce partenariat a ainsi réuni au sein du même site Web, d'une part, le canal de distribution de billets de train sur Internet de la SNCF opéré par Voyages-sncf.com et, d'autre part, une activité d'agence de voyage opérée par la filiale commune l'agence Voyages-sncf.com.

Pour apprécier la licéité de ce partenariat au regard du droit de la concurrence, le Conseil a adopté la méthode d'analyse des lignes directrices de la Commission européenne sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale du 6 janvier 2001 (2001/C 3/02). En vertu de ces lignes directrices, les accords de coopération peuvent se révéler proconcurrentiels, s'ils constituent le moyen pour les parties « *de partager les risques, de réaliser des économies de coûts, de mettre en commun un savoir-faire et de lancer des innovations sur le marché* ».

L'appréciation du caractère anticoncurrentiel des accords de coopération (hors ceux contenant des clauses noires) dépend du pouvoir de marché des parties à l'accord ou de l'objet de l'accord, ainsi que de la structure des marchés affectés.

La position des parties sur les marchés affectés par la coopération est déterminante. « *Cela permet de déterminer si les parties sont susceptibles de maintenir, d'acquiescer ou de renforcer un pouvoir de marché grâce à la coopération, c'est-à-dire si elles ont la capacité de produire des effets négatifs sur le marché en ce qui concerne les prix, la production, l'innovation ou encore la variété ou la pluralité des biens et services [...]* » (§ 27 des lignes directrices). Mais d'autres facteurs tenant à l'objet de l'accord et à la structure des marchés doivent être pris en compte, au rang desquels l'existence de barrières efficaces à l'entrée de concurrents sur le marché. Ainsi que le Conseil l'a souligné dans une décision 08-D-03, Gîtes de France, certains accords de partenariat peuvent instituer des freins dans la concurrence lorsqu'ils confèrent un avantage incomparable dans la concurrence au détriment des concurrents potentiels.

En l'espèce, le Conseil a souligné que l'accord de partenariat avait été conclu par des entreprises disposant pour l'une, la SNCF, d'un monopole sur le marché du transport de voyageurs par rail, et l'autre, Expédia, d'une position de *leader* mondial du voyage en ligne ; s'agissant des prestations concernées par l'accord, les positions des parties étaient encore très fortes : Voyages-sncf.com distribuait 50 % des billets de train de la SNCF et l'activité de voyages-sncf.com représentait 20 % des activités des agences de voyages.

Or, l'objet de cet accord consistait clairement, à travers la mise à disposition du site voyage-sncf.com à « *créer et développer une activité d'agence de voyage en ligne à partir, notamment, de la base de clients actuels et futurs de la société Voyages-sncf.com* ». Cette formulation, dépourvue de toute ambiguïté, était reprise dans les conventions signées entre les parties : « *Les Parties rappellent que leur stratégie consiste à maximiser le trafic en provenance de la Home Page et du Sous-Site Ferroviaire, vers le Sous-Site Voyages, ceci en cohérence avec le Plan Marketing* ».

L'objectif du partenariat, consistant à orienter la « clientèle train » de l'opérateur dominant commandant ses billets par l'intermédiaire du site voyages-sncf.com vers le sous-site de la nouvelle agence de voyages en ligne, a été estimé anticoncurrentiel par le Conseil.

Cet accord de coopération avantageait la filiale commune au détriment des autres agences de voyages en ligne. Il permettait en effet à la SNCF d'orienter les clients pour ses billets en ligne vers les prestations de l'agence de voyages et la faisait profiter de la publicité, de l'efficacité commerciale et de la réputation de qualité de la SNCF. En revanche, les agences de voyages en ligne concurrentes de cet opérateur n'avaient aucune possibilité d'accéder à un tel canal pour vendre leurs propres produits. Sur le marché aval, la convention de partenariat exclusif mettait les consommateurs connectés sur le site voyages-sncf.com dans l'impossibilité de coupler un billet de train avec des prestations touristiques autres que celles offertes par l'agence Voyages-sncf.com.

Compte tenu de la position détenue par la SNCF sur le marché de la vente des billets de train, la clause avait donc pour effet potentiel d'étendre cette position sur le marché des agences en ligne par l'intermédiaire de sa filiale. Même si le client ne voulait pas coupler les prestations, il était mis en relation avec les prestations de l'agence de voyages, qui disposait, en raison de la confusion volontairement entretenue, du label du service public.

Le site voyages-sncf.com constituait donc un canal incontournable pour accéder aux clients en ligne de la SNCF, en raison du nombre de visites sur le site, 9,3 millions de visiteurs uniques (soit un quart des internautes français en 2006), qui en faisait l'un des premiers annonceurs sur Internet, aucun site en France ne permettant une exposition comparable.

En application de ce partenariat, la filiale a pu bénéficier de l'impact des campagnes marketing financées par Voyages-sncf.com, en récupérant une partie de la clientèle venue visiter le site à la suite de ces campagnes. Par ailleurs, s'il est vrai que le site voyages-sncf.com a gardé une connotation ferroviaire, l'image de fiabilité de la marque SNCF a pu rassurer les internautes pour le paiement en ligne.

En témoigne la forte progression de l'agence Voyages-sncf.com, qui s'est rapidement imposée parmi les premiers acteurs de la vente de voyages en ligne, freinant ainsi la concurrence sur le marché des services d'agences de voyages prestés pour les voyages de loisir et spécialement du segment de marché émergent des services d'agence de voyages en ligne.

Sur ce marché, le Conseil a estimé que les seuils *de minimis* prévus par l'article L. 464-6-1 du Code de commerce étaient dépassés par les partenaires SNCF et Expédia, sans qu'il soit besoin d'évaluer le poids respectif des bénéficiaires du partenariat, Voyages-sncf.com et l'agence Voyages-sncf.com.

Pour évaluer la part de marché de voyages-sncf.com, le Conseil a pris en compte non seulement les prestations d'agence de voyages hébergées sur son site, mais aussi les ventes de billets de train, puisque ces ventes figuraient, comme les autres prestations, et sur le même plan, au côté des prestations d'agence de voyages. Le site voyages-sncf.com était une agence de voyages, inscrite et présentée comme telle sur le site lui-même. Le site présentait en effet, sur la page d'accueil et sur le même plan, les réservations et ventes de billets et les autres prestations (avions, hôtels, voiture...), soit toute la gamme de services d'une agence de voyages et

notamment des billets d'avion et des voyages à forfait incluant des billets d'avion. Même si ce site était exploité par deux sociétés différentes (Voyages-sncf.com pour les produits train et l'agence Voyages-sncf.com pour les produits hors train), il s'agissait pour le consommateur, d'une seule et même entité économique à laquelle il se connectait pour réserver ou acheter des produits train, des produits mixtes, voire des produits hors train.

Le Conseil a souligné que si les effets de ce partenariat n'avaient pas pu être précisément mesurés, ils avaient été renforcés par l'envoi de lettres d'information communes, et par le partage inégalitaire des revenus publicitaires.

En conclusion, le Conseil a estimé que le partenariat, dont l'objet était clairement mentionné dans le contrat susmentionné et les contrats signés par ailleurs entre les parties, conclus par des opérateurs en position forte et visant à mettre à la disposition de la filiale commune un avantage considérable dans la concurrence, avait un objet et des effets anticoncurrentiels.

### *Boycott*

Dans une décision **09-D-07** du 12 février 2009 relative à une saisine de la société Santéclair à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé, le Conseil a sanctionné le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et les conseils départementaux du Bas-Rhin, des Pyrénées-Orientales, de Saône-et-Loire, du Var et du Vaucluse, pour avoir incité les chirurgiens-dentistes à boycotter un partenariat avec Santéclair, société de services spécialisés intervenant pour des compagnies d'assurances et des mutuelles en matière de couverture complémentaire santé.

Santéclair offre des prestations de service à des sociétés d'assurances, des mutuelles, des institutions de prévoyance et des courtiers pour les besoins des assurés, ayant souscrit une assurance complémentaire santé. S'agissant des soins dentaires, les services offerts par Santéclair se regroupent, pour l'essentiel, en trois catégories : l'analyse de devis de soins en vue d'apprécier leur adéquation aux besoins des assurés et celle du prix par rapport au marché ; le développement d'un réseau de chirurgiens-dentistes partenaires, s'engageant à ne pas dépasser un tarif maximal pour un certain nombre de prestations, ainsi qu'à respecter une procédure de tiers payant à la demande du patient ; la conception et la diffusion de contrats prévoyant des garanties aux frais réels. Un protocole a été signé avec les chirurgiens-dentistes qui acceptaient ces conditions. Leurs prestations ont été ensuite prises en charge, au titre de la complémentaire santé, par les assureurs ayant conclu un contrat de prestation de service avec Santéclair.

Dans un premier temps, le Conseil national de l'ordre avait émis un avis favorable, au regard des règles de déontologie, sur le partenariat proposé par Santéclair avec les chirurgiens-dentistes. Puis, à la suite d'incidents, il avait retiré cet avis favorable et avait laissé entendre qu'à la suite de sa décision, les chirurgiens-dentistes devaient résilier leur adhésion individuelle au protocole avec Santéclair et avait enjoint ceux qui n'y avaient pas déjà souscrit à ne pas y adhérer, sous peine de poursuites disciplinaires.

Ce faisant, le Conseil national de l'ordre a diffusé une interprétation inexacte de la portée de ses avis déontologiques sur les protocoles proposés aux chirurgiens-dentistes, lesquels ne lient pas les instances disciplinaires ni les chirurgiens-dentistes. Relayée par plusieurs conseils départementaux, cette action, visant à inciter les chirurgiens-dentistes à dénoncer leur partenariat avec Santéclair, en leur laissant entendre qu'ils étaient susceptibles de faire l'objet de sanctions en cas de poursuites disciplinaires, constitue un appel au boycott qui a porté atteinte à l'intérêt des patients en faisant obstacle à l'émergence de nouveaux services aux assurés des assurances complémentaires santé.

Le Conseil a rappelé l'arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 2002 (Cass. com., 22 octobre 2002, n° 00-18.048, Vidal, *BOCCRF* n° 17, 25 novembre 2002, p. 1056), selon lequel « *le boycott constitue une action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché* » (§ 130), ainsi que sa propre pratique décisionnelle, illustrée par la décision 03-D-68 du 23 décembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par le Centre national des professions de l'automobile (CNPA) dans le secteur de la distribution automobile : dans cette affaire, le Conseil avait jugé qu'un appel au boycott pouvait résulter de mises en garde professionnelles.

Les pratiques ont, en l'espèce, été suivies d'effets, puisque les éléments du dossier montrent que les messages diffusés par le Conseil national ont effectivement conduit à des dénonciations du protocole Santéclair par les chirurgiens-dentistes en nombre non négligeable.

### *Répartition du marché*

Dans une décision **09-D-17** du 22 avril 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse-Normandie, l'Autorité de la concurrence, a, sur requête d'un pharmacien, été appelée à se prononcer sur une pratique du conseil régional de l'ordre visant à réserver aux pharmaciens les plus proches des maisons de retraite et des établissements de soins la fourniture des médicaments et autres produits de soins pour la clientèle de ces établissements.

Par une lettre adressée à une maison de retraite, le conseil régional de l'ordre était intervenu en incitant cet établissement à s'adresser aux pharmacies les plus proches de son implantation.

Du fait qu'elle émanait d'un organisme professionnel, une telle intervention s'analysait comme une action concertée ayant pour objet et pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence, notamment en limitant l'accès au marché et le libre exercice de la concurrence, ainsi qu'en répartissant les marchés et les sources d'approvisionnement.

L'Autorité a souligné que « *compte tenu de la dimension du marché particulier concerné, à savoir celui de l'approvisionnement en médicaments et autres produits de soins des EHPAD pour leurs pensionnaires dans une partie de la Normandie, et du fait que la pratique en cause, d'une part émanait d'un ordre professionnel disposant de l'autorité morale attachée à ses missions de service public, d'autre part s'est inscrite dans un*

*ensemble de démarches visant la même finalité susceptibles de lui donner une portée qu'elle n'aurait pas eue dans d'autres circonstances, il doit être considéré qu'elle pouvait avoir un effet suffisamment sensible sur la concurrence pour entrer dans le champ d'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce» (§ 46).*

Cette pratique, prohibée par l'article L. 420-1 du Code de commerce, ne peut être justifiée, ni par les articles L. 5125-1 et s. du Code de la santé publique qui visent à assurer un « maillage territorial » adéquat des pharmacies pour répondre aux besoins de la population sans, pour autant, instaurer un monopole territorial ou limiter la concurrence entre les officines, ni par les articles R. 4235-18 et R. 4235-21 de ce code qui n'impliquent nullement, bien au contraire, qu'un établissement de retraite ou de soins n'ait pas le choix du pharmacien sollicité pour répondre aux besoins des personnes hébergées ayant donné leur consentement en ce sens.

Dans une décision **09-D-19** du 10 juin 2009 relative à des pratiques concernant le déménagement de personnels militaires relevant du CTAC de l'armée de terre à Nancy<sup>52</sup>, l'Autorité de la concurrence a sanctionné dix-neuf entreprises de déménagement, pour avoir réalisé des devis de complaisance en vue de fausser la concurrence en ce qui concerne les déménagements des militaires.

Le déménagement des personnels militaires est régi par des dispositions réglementaires particulières qui imposent à ces derniers de présenter à leur administration deux ou trois devis concurrents en vue du remboursement de tout ou partie d'un déménagement lié à une mutation. L'enquête a établi que les entreprises ne se faisaient pas réellement concurrence dans de nombreux cas en établissant mutuellement des devis « de couverture ». L'Autorité a estimé que ces pratiques étaient graves, car elles ont eu pour objet et pour effet d'entraîner une répartition artificielle du marché entre les entreprises et de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence.

### Ententes verticales

Les ententes verticales se rencontrent généralement à l'intérieur de réseaux de distribution, organisés par un fournisseur ou un franchiseur ou, plus généralement, dans le cadre des relations, quelles qu'en soient les formes juridiques, nouées entre des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne commerciale.

Par ailleurs, conformément à la jurisprudence communautaire, l'Autorité admet le principe selon lequel des contrats d'exclusivité identiques passés entre des fournisseurs et leurs distributeurs qui, considérés individuellement, ne poseraient pas de problèmes de concurrence, peuvent, par leur effet cumulatif, devenir anticoncurrentiels lorsque l'accès au marché s'en trouve limité ou les parts de marché figées.

En 2009, le Conseil, puis l'Autorité, n'ont pas sanctionné en tant que tel l'effet cumulatif de contrats identiques.

52. Un recours a été formé contre cette décision.

## *La méthode d'analyse des restrictions verticales*

### *La règle de minimis*

Les restrictions verticales qui n'affectent le marché que de façon insignifiante, compte tenu de la faible position qu'y occupent les entreprises, ne relèvent pas de l'interdiction posée au 1 de l'article 101 du traité. La communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure (*de minimis*)<sup>53</sup>, définit des seuils en deçà desquels les atteintes à la concurrence sont présumées insignifiantes. Il s'agit des accords conclus par des entreprises dont la part de marché cumulée ne dépasse pas 15 % sur aucun des marchés affectés par l'accord. Ces exonérations ne s'appliquent pas aux restrictions flagrantes (clauses noires), c'est-à-dire celles qui ont pour objet : « *La fixation des prix pour la vente des produits aux tiers, la limitation de la production ou des ventes, la répartition des marchés ou des clients* ». En droit national, l'article L. 464-6-1 du Code de commerce permet à l'Autorité de ne pas traiter l'affaire lorsque ce seuil de 15 % n'est pas atteint, sauf restrictions flagrantes énumérées à l'article L. 464-6-2 du même code (identiques aux restrictions flagrantes communautaires).

### *L'application des règlements d'exemption par catégorie*

Le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées<sup>54</sup> prévoit la possibilité de déclarer inapplicables les dispositions de l'article 101 § 1 aux accords de distribution, dits « *accords verticaux* », conclus entre des distributeurs et un fournisseur, lorsque, notamment, la part détenue par le fournisseur sur le marché pertinent sur lequel il vend ses biens et services ne dépasse pas 30 %, et ce sous réserve que ces accords ne comportent pas de restrictions caractérisées, à savoir, pour l'essentiel, celles qui obligeront chaque distributeur à respecter un prix de vente identique, à s'interdire de revendre à un autre distributeur du réseau ou à s'interdire de répondre passivement à des commandes de clients situés hors de sa zone d'exclusivité (article 4 du règlement).

L'article 5 de ce règlement ajoute que ne sont pas couvertes par le règlement d'exemption certaines obligations et, notamment toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence, dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans, étant précisé qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans doit être considérée comme ayant été imposée pour une durée indéterminée. L'article 1<sup>er</sup>, a) définit une obligation de non-concurrence comme « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec des biens ou des services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou services contractuels [...]* ».

53. Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), JOCE C 368/13, 22 décembre 2001.

54. En cours de révision.

## Pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence

Dans les hypothèses où le droit communautaire n'est pas applicable, l'Autorité considère que ce règlement constitue un guide d'analyse utile.

Dans une décision **09-D-31** du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football (FFF), l'Autorité a examiné d'office si les accords signés entre la FFF et la société Sportfive pouvaient bénéficier de l'exemption automatique. Elle a conclu par la négative, la société Sportfive disposant d'une part de marché sur le marché de l'intermédiation supérieure à 30 %.

### *La mise en œuvre de cette méthode d'analyse*

#### *Les principes/L'organisation du réseau de distribution et de la sélection des distributeurs*

La validité de principe des accords verticaux, qu'il s'agisse de distribution sélective ou non, a été consacrée, de façon générale et pour l'ensemble des accords verticaux, par le règlement de la Commission n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, dont l'article 2.1 pose la règle suivante : « *L'article 81-1 du traité est déclaré inapplicable aux accords ou pratiques concertées qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises, dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services.* » Toutefois, la présence de certaines clauses dans les contrats ou certaines pratiques s'insérant dans ces relations verticales peuvent leur donner une dimension anticoncurrentielle.

#### *L'interdiction de prix imposés*

Le Conseil, puis l'Autorité n'ont sanctionné, en 2009, aucune pratique de prix imposés dans les relations verticales.

#### *Les clauses d'exclusivité*

##### **Exclusivité d'approvisionnement**

Dans une décision **09-D-31** du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football (FFF), l'Autorité de la concurrence a sanctionné la FFF et la société Sportfive pour avoir conclu des accords exclusifs de très longue durée sans appel à la concurrence, pour la gestion des droits marketing de l'Équipe de France et de la Coupe de France.

L'Autorité a estimé que, par leur étendue, leur durée, le caractère fréquemment anticipé de leur renouvellement, les clauses d'exclusivité, les clauses de tacite reconduction et les clauses d'indemnité de fin de contrat qu'ils contenaient, ces contrats avaient un objet et un effet anticoncurrentiels dans la mesure où ils avaient sous-traité pendant une longue période, de 1985 à 2002 pour certains contrats, la commercialisation de ces droits au libre jeu de la concurrence.

L'Autorité a écarté l'argument de justification économique des pratiques, en soulignant que « *si le principe de l'exclusivité dans des contrats, peut répondre à une justification technique et économique, en l'espèce, ni la durée effective de ces contrats, ni leur renouvellement avant terme, ni l'effet de verrouillage des clauses de sortie, ni même le choix d'un contractant unique pour deux types de compétition différents (Équipe de France pour les compétitions intermittentes et Coupe de France) ne s'expliquent pour des raisons d'efficacité technique ou économique. [...] Bien au contraire, il était de l'intérêt évident de la FFF de susciter une concurrence, compte tenu de la prédominance de la société Sportfive sur le marché de l'intermédiation, et de favoriser l'apparition sur le marché de compétences nouvelles en octroyant certains droits de moindre ampleur à de nouveaux venus* » (§ 300).

Cette entente entre la FFF et Sportfive s'est ensuite poursuivie dans le cadre de l'appel d'offres lancé en 2001 sous la pression de la Cour des comptes, pour l'attribution des droits marketing :

- pendant le déroulement de l'appel d'offres, en limitant d'emblée la publicité de l'appel d'offres, et en se concertant pour empêcher un concurrent d'avoir les informations nécessaires au chiffrage de sa proposition ;
- En négociant ensuite après l'attribution du marché à Sportfive et avant sa signature définitive en 2002 des modifications substantielles du contrat initial ;
- En signant enfin, en mai 2003 et avril 2004, des avenants qui ont, entre autres, supprimé définitivement le minimum garanti, élément essentiel du contrat.

Tous ces éléments démontrent le même concours de volontés entre la FFF et Sportfive pour exclure toute concurrence à l'encontre de l'intermédiaire désigné des droits détenus par la FFF. Un tel objet anticoncurrentiel est contraire aux dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE (article 101 du TFUE).

### ***Les exemptions (articles L. 420-4 du Code de commerce et 101, paragraphe 3 du TFUE)***

Les restrictions de concurrence peuvent être exemptées sur le fondement de l'article 101, paragraphe 3 du traité et de l'article L. 420-4 du Code de commerce. Ces développements ne concernent que les « exemptions » individuelles, la question de l'application des règlements d'exemption par catégorie étant envisagée supra.

### **Les pratiques résultant d'un texte**

Le I sous 1), de l'article L. 420-4 du Code de commerce précise que les pratiques qui « *résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application* » ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2. Selon une jurisprudence constante, ces dispositions ne trouvent à s'appliquer que pour autant que les pratiques constatées sont la conséquence directe et nécessaire de ces textes.

L'application de ce paragraphe a été écartée dans la décision **09-D-17** du 22 avril 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse-Normandie.

Dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence a sanctionné pour entente anticoncurrentielle une pratique du conseil régional visant à réserver aux pharmaciens les plus proches des maisons de retraite et des établissements de soins la fourniture des médicaments et autres produits de soins pour la clientèle de ces établissements.

Elle a considéré que les articles R. 4235-18 et R. 4235-21 du Code de la santé publique, avancés pour sa défense par le conseil régional, n'impliquent nullement qu'un établissement de soins ou de séjour n'ait pas le choix du pharmacien sollicité pour répondre aux besoins des pensionnaires quand ceux-ci ont donné leur consentement en ce sens. Pareillement, même s'ils n'ont pas été mentionnés par le conseil régional de l'ordre, les articles du Code de la santé publique visant à assurer un « maillage territorial » adéquat pour répondre aux besoins de la population en cas de création, de transfert ou de regroupement d'officines (articles L. 5125-1 et s.) ont pour objet d'assurer que ces cas de figure n'entraînent pas a priori une répartition inadaptée de l'offre par rapport à la localisation de la population, mais ils n'instaurent aucun monopole territorial ni ne limitent en général une situation de concurrence entre officines. Le Code de la santé publique prohibe seulement le recours à certains moyens de concurrence jugés incompatibles avec la nature des prestations et produits concernés.

En droit communautaire, un organisme professionnel n'est pas qualifié d'association d'entreprises lorsqu'il prend des décisions dans l'exercice de compétences déléguées par l'État et étroitement contrôlées par lui, à savoir des « *mesures de caractère étatique* ». Elles échappent dans ce cas au droit de la concurrence applicable aux entreprises. En revanche, les décisions prises de façon indépendante par cet organisme sont soumises au droit de la concurrence : relèvent du premier cas de figure, et ne constituent pas des ententes anticoncurrentielles, les décisions des organismes professionnels consultés en matière économique par les pouvoirs publics avant d'arrêter une réglementation économique ou chargés de déterminer, en fonction de critères d'intérêt général arrêtés par eux-mêmes, une telle réglementation, les pouvoirs publics conservant un pouvoir de contrôle et de réformation des décisions prises à cet effet.

Pendant l'année 2009, le Conseil puis l'Autorité, n'ont pas eu à connaître de telles pratiques.

### Les pratiques contribuant au progrès économique

Le 3° de l'article 101 du traité dispose : « *Les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : [...] à tout accord, décision d'associations d'entreprises ou pratique concertée qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :*

- a) *imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;*
- b) *donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.»*

Le I sous 2) de l'article L. 420-4 du Code de commerce précise, pour sa part, que ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2, les pratiques « *dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.*».

Ces dispositions sont d'interprétation stricte. Le progrès invoqué doit constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées. Il doit, notamment, être établi que le progrès économique allégué est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pu être obtenu par d'autres voies. Enfin, doit également être rapportée la preuve que ce progrès est suffisamment important pour justifier les atteintes à la concurrence relevées.

L'application de ce paragraphe a été écartée dans la décision **09-D-17** du 22 avril 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse-Normandie.

Dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence avait sanctionné pour entente anticoncurrentielle une pratique du conseil régional de l'ordre visant à réserver aux pharmaciens les plus proches des maisons de retraite et des établissements de soins la fourniture des médicaments et autres produits de soins pour la clientèle de ces établissements.

L'Autorité a écarté l'application du I, sous 2), de l'article L. 420-4, estimant que « *l'existence d'un monopole territorial pour répondre aux besoins des EHPAD, tel que souhaité par le conseil régional de l'ordre éliminerait en effet la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause sur le marché concerné*» (§ 51). En tout état de cause, aucune argumentation précise n'avait été présentée sur ce point.

## Pratiques abusives

### *Les abus de position dominante*

Aux termes de l'article 102 du traité :

*« Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.*

*Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :*

- a) *imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ;*

- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

Aux termes de l'article L. 420-2 du Code de commerce :

*« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. »*

*Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6. »*

Le Conseil a souvent rappelé que le principe *non bis in idem* ne peut être valablement invoqué qu'en présence d'une éventuelle double condamnation pour les mêmes faits et sur le même fondement et que des faits examinés à la fois au titre de l'abus de position dominante et de l'abus de dépendance économique le sont sous deux qualifications différentes aux éléments constitutifs distincts. En conséquence, aucun principe général du droit ne s'oppose à l'application cumulative de ces deux qualifications, à l'instar du cumul idéal d'infraction en matière pénale.

L'application de l'article L. 420-2, premier alinéa, du Code de commerce, relatif aux abus de position dominante, de même que celle de l'article 102 du traité, se décompose en trois étapes. Il convient, dans un premier temps, de délimiter le marché pertinent sur lequel l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause opère, dans un deuxième temps de déterminer la position que cette ou ces dernières occupent sur ce marché puis, dans un troisième temps, dans l'hypothèse où la position dominante est caractérisée, d'examiner ces pratiques en vue de déterminer si elles présentent un caractère abusif et anticoncurrentiel.

L'Autorité ne peut examiner les pratiques prétendument abusives mises en œuvre par une entreprise, dès lors qu'elle constate que celle-ci n'est pas en position dominante sur un marché.

S'agissant de la détermination du marché pertinent, le lecteur est invité à se reporter aux développements consacrés à cette notion au chapitre relatif aux marchés pertinents *supra*.

## L'appréciation de la position dominante

La jurisprudence, tant interne que communautaire, définit la position dominante comme étant la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'agir à peu près librement sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents.

Une telle position peut résulter de différents facteurs caractérisant le marché lui-même ou l'entreprise, comme la détention, soit d'un monopole légal ou de fait sur une activité, soit de parts de marché substantielles. Une telle position peut aussi résulter de l'appartenance à un groupe de grande envergure, de la faiblesse des concurrents, de la détention d'une avance technologique ou d'un savoir-faire spécifique. La dominance peut être individuelle ou collective.

### *L'appréciation de la position dominante individuelle*

#### *Situation constitutive d'une position dominante*

##### **Monopole de droit ou de fait**

La détention d'un monopole, de droit ou de fait, suffit pour établir la position dominante de son titulaire. Il en est de même lorsqu'une entreprise est en situation de quasi-monopole

Dans son évaluation du marché français du transport ferroviaire de voyageurs, le Conseil a rappelé qu'en vertu des dispositions de l'article 18 de la loi d'orientation des transports intérieurs (LOTI), la SNCF bénéficiait d'un monopole d'exploitation des services de transport ferroviaire de voyageurs sur le réseau ferré national et se trouvait, dès lors, en position dominante. Le Conseil a, par ailleurs, précisé que la SNCF, conformément à la jurisprudence de la Commission européenne et du Tribunal de première instance, était en position dominante sur le marché français des services de distribution des billets de train compte tenu de sa position de monopole à l'égard des agences de voyages **(09-D-06)**.

Afin de constater la probable position dominante d'EDF sur le marché de la fourniture d'électricité aux tarifs réglementés, l'Autorité a estimé que malgré l'ouverture du marché de l'électricité intervenue au 1<sup>er</sup> juillet 2007, l'opérateur historique était demeuré en position de quasi-monopole (détenant 90 à 95 % des parts de marché) compte tenu, notamment, de la possibilité pour les clients de chacun des fournisseurs d'électricité – EDF comme les fournisseurs alternatifs – de se fournir à des tarifs réglementés fixés par les pouvoirs publics **(09-MC-01)**.

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité dans la région de Grenoble, l'Autorité a considéré que la société Gaz et électricité de Grenoble (GEG), qui détenait le monopole de la fourniture d'électricité aux clients petits professionnels dans cette région jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2004, se trouvait en position dominante sur ce marché en avril 2005, malgré l'entrée de la société Poweo, cette dernière n'alimentant qu'un nombre très limité de clients **(09-D-14)**.

L'Autorité a rappelé que le fait d'être « titulaire sortant » d'un contrat de délégation de service public, et donc de jouir des avantages tirés habituellement de cette qualité (meilleure connaissance des conditions de la prestation, confiance de l'autorité délégante), ne permettait pas, en soi, de caractériser une situation de dominance sur le marché considéré : « *Il faut donc des circonstances particulières qui s'ajoutent à la situation de titulaire sortant pour qu'un comportement de celui-ci sur le marché mis en jeu puisse constituer un abus de la position dominante détenue sur un autre marché* ». La position dominante du titulaire sortant n'est constituée que s'il dispose d'avantages très substantiels par rapport aux concurrents. Il peut aussi détenir une position dominante sur un marché connexe. Dans ce cas, l'existence d'un lien suffisant entre le marché mis en jeu et un autre marché sur lequel un des offreurs détiendrait une position dominante permet de considérer que le comportement de cet offereur observé sur le premier marché est susceptible de constituer un abus de la position dominante occupée sur le second **(09-D-18)**.

### L'examen du pouvoir de marché

De manière générale, l'examen des parts de marché constitue un paramètre essentiel dans l'appréciation de la dominance éventuelle d'une entreprise sur son marché. Par ailleurs, la réduction de parts de marché demeurant encore très importantes ne peut constituer, en elle-même, la preuve de l'absence de position dominante **(09-D-33)**.

Afin de déterminer les positions dominantes de la société France Télécom sur le marché de détail des services de téléphonie fixe dans la zone Antilles-Guyane, l'Autorité a relevé que ses parts de marché sur le marché des services de communications vocales fixes étaient supérieures à 75 % **(09-D-36)**.

D'autres éléments que les parts de marché fournissent également au Conseil puis à l'Autorité une information utile lors de l'examen du pouvoir de marché d'une entreprise.

Ainsi, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) dans le secteur de la distribution de la presse, le Conseil a rappelé que le groupe NMPP/TP était en position dominante sur le marché de la distribution de la presse pour la vente au numéro, non seulement en raison de la détention de parts de marchés très importantes (80 %), mais aussi compte tenu de son contrôle direct ou indirect de l'ensemble des niveaux du réseau de distribution de la vente au numéro et des fortes barrières à l'entrée sur ce marché **(09-D-04)**.

De même, l'Autorité a apprécié la position dominante de la société France Télécom sur le marché des communications électroniques fixes dans les DOM en se fondant non sur ses seules parts de marchés, bien que très importantes (de 75 à 80 %), mais aussi sur son statut d'opérateur historique et sur ses capacités financières sans commune mesure avec celles des opérateurs alternatifs locaux **(09-D-24)**.

L'Autorité a, de manière analogue, considéré que bien que les parts de marché d'Orange Caraïbe sur le marché de détail des services de téléphonie fixe dans la

zone Antilles-Guyane aient diminué et se soient établies à environ 55 %, cette société continuait de conserver les clients les plus rentables et voyait sa puissance, sur le marché, renforcée par son adossement au groupe France Télécom, ce qui lui offrait la garantie de bénéficier, en tant que de besoin, de ressources financières importantes, de la renommée de l'opérateur historique, d'un réseau dense d'agences, de l'expertise de ses techniciens et de ses commerciaux et d'une forte puissance d'achat auprès de ses fournisseurs **(09-D-36)**.

Enfin, le Conseil a constaté, dans une décision **09-D-10** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent, que la SNCM se trouvait en position dominante sur le marché du renouvellement de la délégation de service public de la desserte maritime de la Corse à partir du port de Marseille en raison de ses capacités inégalables à répondre à l'appel d'offres **(09-D-10)**.

### **Dominance et connexité entre plusieurs marchés**

#### *– Lien de connexité entre deux marchés*

Une pratique abusive commise sur un marché non dominé peut être qualifiée d'abus de position dominante, dès lors qu'il existe un marché dominé et un lien de connexité entre le marché non dominé et le marché dominé.

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité dans la région de Grenoble, l'Autorité a relevé que la position dominante de la société Gaz et électricité de Grenoble (GEG) sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients petits professionnels se trouvait renforcée par son monopole sur les marchés connexes de la distribution d'électricité, de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels et sur l'activité gazière, ces éléments ne pouvant que contribuer à la notoriété de l'opérateur historique aux yeux des clients éligibles **(09-D-14)**.

Dans deux décisions relatives à des pratiques commises par des entreprises répondant à un appel d'offres **(09-D-10 ; 09-D-18)**, le Conseil et l'Autorité ont rappelé que dans l'appréciation de la position dominante des entreprises concernées, deux cas de figure, outre celui rappelé ci-dessus à l'occasion de l'étude des situations de monopole de droit ou de fait, étaient envisageables :

- le premier est celui dans lequel il existe une entreprise en position dominante parmi l'ensemble des entreprises susceptibles de répondre à l'appel d'offres. Dans ce cas, la position dominante est directement appréciée sur le marché même où se déroule la pratique ;
- le second est celui dans lequel il existe une position dominante sur le marché connexe de l'exécution de la prestation (marché aval), sans que ceci ne s'accompagne d'une domination directe sur le marché amont de l'appel d'offres au moment du dépôt des offres. Dès lors, il appartient à l'Autorité d'examiner la possibilité d'abuser de la position dominante détenue sur le marché aval en mettant en œuvre une pratique anticoncurrentielle sur le marché amont **(09-D-10 ; 09-D-18)**.

### *Situation non constitutive d'une position dominante*

Dans une affaire **09-D-40**, l'Autorité a rappelé que, sauf circonstances particulières pouvant caractériser la position dominante collective, l'existence d'un concurrent d'une puissance équivalente à celle de l'entreprise dont les pratiques sont alléguées ne permet pas à cette dernière d'adopter un comportement caractérisant une position dominante.

### *L'appréciation de la position dominante collective*

En 2009, aucune situation de position dominante collective n'a été relevée par le Conseil et l'Autorité.

## **Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante**

La simple détention par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur un marché n'est pas en elle-même constitutive d'une infraction à l'article L. 420-2 du Code de commerce ou à l'article 102 du traité. Une fois l'existence d'une position dominante établie, il convient de rechercher si l'entreprise exploite cette dominance d'une manière abusive. La constitution de l'infraction d'abus de position dominante suppose que soit établi un lien de causalité entre le pouvoir de domination de l'entreprise et l'entrave apportée au libre jeu du marché.

Pour qu'une pratique soit qualifiée d'abusives au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce et de l'article 102 du traité, il est nécessaire de caractériser son objet ou ses effets anticoncurrentiels. Ainsi, une pratique revêt un objet anticoncurrentiel lorsqu'elle s'inscrit dans une stratégie anticoncurrentielle. Les entreprises en position dominante peuvent néanmoins, pour écarter la qualification d'abus, démontrer que les pratiques sont objectivement justifiées ou qu'elles sont source d'efficacité et qu'elles ne relèvent pas en conséquence d'une stratégie anticoncurrentielle. Dans l'hypothèse où il ne serait pas établi que les pratiques mises en cause sont objectivement justifiées, leur objet anticoncurrentiel est caractérisé, soit lorsqu'elles sont imposées par des menaces ou par une incitation financière ou technique, soit lorsqu'un ensemble d'éléments convergents permet d'établir qu'elles s'inscrivent dans une stratégie anticoncurrentielle ou conduisent nécessairement à une restriction de concurrence.

Enfin, en l'absence d'objet anticoncurrentiel, l'examen des effets des pratiques mises en cause est nécessaire pour établir si elles constituent une forme d'exploitation abusive d'une position dominante.

### *Les pratiques ayant été qualifiées d'abusives*

#### *Prédation*

L'article L. 420-2 du Code de commerce comporte une liste non limitative de pratiques pouvant être qualifiées d'abusives, telles que le refus de vente, la vente liée, les conditions de vente discriminatoires ou la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des

conditions commerciales injustifiées. Cependant, la jurisprudence comporte également d'autres exemples de pratiques abusives mises en œuvre sur le marché par des entreprises en position dominante.

Dans une décision 07-D-09 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire Glaxosmithkline, le Conseil a sanctionné, pour la première fois en 2007, des pratiques de prédation mises en œuvre par une entreprise en position dominante.

L'Autorité a, suivant la pratique décisionnelle constante du Conseil, défini la prédation comme la pratique par laquelle une entreprise en position dominante fixe ses prix à un tel niveau qu'elle subit des pertes ou renonce à des profits à court terme dans le but d'évincer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents, ou encore de rendre plus difficile l'entrée de futurs compétiteurs sur le marché afin ultérieurement de remonter ses prix pour récupérer ses pertes **(09-D-33)**.

Ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo/Commission*, C-62/86, *Rec.* p. I-3359), la preuve de la prédation peut être apportée dans différents cas de figure, selon la position des prix de vente par rapport à différents niveaux envisageables de coûts (coût variable moyen, coût total moyen et, dans des cas plus complexes, coût incrémental). Dans un premier cas, l'objet anticoncurrentiel de la politique de prix est présumé, si les prix de vente sur le marché où l'éviction des concurrents est recherchée, sont inférieurs au coût moyen variable de l'entreprise en cause, sauf pour cette dernière à apporter une preuve contraire, compatible avec les faits de l'espèce et étayée par une explication convaincante de son comportement. Dans un second cas, si les prix de vente en cause sont inférieurs aux coûts moyens totaux de l'entreprise, mais supérieurs à ses coûts variables, une telle constatation constitue un simple indice que cette politique de prix a un objet anticoncurrentiel. La pratique de prédation n'est établie que si l'autorité de concurrence apporte la preuve que le comportement de l'entreprise adopté en matière de prix s'inscrit dans une stratégie de prédation, c'est-à-dire une stratégie visant le découragement des concurrents et la récupération ultérieure des pertes initialement subies. En effet, dans la mesure où une pratique de prédation engendre des pertes pour l'entreprise qui la met en œuvre, sa rationalité doit être recherchée avec soin par l'autorité de concurrence.

L'Autorité a rappelé ces critères dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-gestion des bacs plastiques et palettes **(09-D-33)**.

### *Exclusivités*

Les clauses d'exclusivité imposées par une entreprise en position dominante sont susceptibles, en droit ou en pratique, d'instaurer une barrière artificielle à l'entrée sur le marché. L'Autorité a toutefois rappelé que ces exclusivités contractuelles ne sont pas interdites *per se* puisqu'elles peuvent, par exemple, être nécessaires pour assurer la rentabilité d'une activité, en raison notamment de l'existence d'investissements spécifiques que l'entreprise n'engagerait pas si elle ne bénéficiait pas d'une exclusivité **(09-D-36)**.

## Pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbes et France Télécom, l'Autorité a rappelé et appliqué les critères d'appréciation des clauses d'exclusivité imposées par une entreprise en position dominante. Il incombe ainsi à l'Autorité de vérifier leur champ d'application, leur durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité et la contrepartie économique obtenue par le client.

L'Autorité s'est, en l'espèce, attachée à examiner, pour chacune des deux pratiques alléguées, cumulativement :

- le champ d'application des exclusivités ;
- la durée effective des contrats et, tout particulièrement, la durée pendant laquelle les parties avaient convenu que l'exclusivité restait valable, même après la cessation du contrat ;
- les sanctions prévues en cas de défaut de respect des clauses du contrat ;
- la possibilité de déroger, en pratique, aux exclusivités ;
- les effets produits par les exclusivités sur l'intensité concurrentielle du marché, particulièrement leur contribution à la création de barrières artificielles à l'entrée ou à la dégradation de l'image de marque des nouveaux entrants ;
- les éventuelles justifications économiques, particulièrement le caractère nécessaire et proportionné à l'objectif poursuivi des exclusivités et les éventuels gains d'efficacité générés au bénéfice des consommateurs **(09-D-36)**.

### *Dénigrement*

La concurrence suppose un certain degré de rivalité et de compétition entre les acteurs d'un marché. Néanmoins, cette lutte pour la conquête de la clientèle n'autorise pas tous les comportements, surtout de la part d'une entreprise qui, détenant une position dominante sur un marché, encourt une responsabilité particulière.

Selon les principes issus de la pratique décisionnelle constante du Conseil et de l'Autorité, les pratiques de dénigrement consistent à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié. Elles se distinguent de la simple critique en ce que le dénigrement émane d'un acteur économique qui cherche à bénéficier d'un avantage concurrentiel en pénalisant son compétiteur.

Si elles sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'entreprise en position dominante au titre de la concurrence déloyale, elles ne sont pas nécessairement constitutives d'un abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Pour qu'un dénigrement puisse être qualifié d'abus de position dominante, il est nécessaire d'établir un lien entre la position dominante de l'entreprise et la pratique de dénigrement **(09-D-14 ; 09-D-21)**.

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM, l'Autorité a considéré que France Télécom avait abusé de sa position dominante en dénigrant, de manière déloyale, ses concurrents dans les DOM. L'Autorité a relevé, à cet effet, que France Télécom avait transmis à ses commerciaux des argumentaires insistant sur les inconvénients supposés de la présélection

alors que ceux-ci résultaient d'une situation objective issue du monopole historique (non-maîtrise des réseaux de bout en bout, double facturation) **(09-D-24)**.

Afin de caractériser l'abus de position dominante de la société Gaz et électricité de Grenoble (GEG) sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients professionnels sur la zone de desserte de Grenoble, l'Autorité a relevé que les éléments mis en avant par cette société dans son communiqué de presse sur les caractéristiques qui la distinguaient de son concurrent ne relevaient pas d'un comportement commercial légitime. La société GEG avait en l'espèce utilisé l'image du service public au soutien de ses intérêts de fournisseur d'électricité alors que la fourniture d'électricité ne relevait désormais plus du périmètre du service public **(09-D-14)**.

### *Les abus d'exploitation*

Dans une décision **09-D-24** relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM, l'Autorité a considéré que la société France Télécom avait fait une exploitation abusive de son pouvoir de marché en :

- offrant à un prix excessif des liaisons permettant le transport de données par câble entre la Réunion et la métropole. L'Autorité a rappelé, se fondant sur sa pratique décisionnelle constante et la jurisprudence communautaire, que si une disproportion manifeste entre « *le prix et la valeur du service correspondant* » n'est pas en elle-même constitutive d'un abus, elle revêt ce caractère si elle a eu un objet ou a produit des effets perturbateurs réels ou potentiels sur le jeu la concurrence, et *in fine*, sur le bien-être du consommateur ;
- refusant de sécuriser la liaison qu'elle louait à ses concurrents entre la Réunion et la métropole. L'Autorité a souligné le caractère abusif de ce refus dans la mesure où il a conduit à ce qu'un opérateur alternatif ne puisse être en mesure de proposer une qualité de service équivalente à celle assurée par le groupe France Télécom sur le marché de détail ;
- n'offrant pas de « garantie de rétablissement » en cas de panne du système dans ses offres de gros proposées aux opérateurs alternatifs. Seule France Télécom était alors en mesure d'offrir une telle garantie à ses clients sur le marché de détail, à la différence des opérateurs alternatifs qui en étaient eux-mêmes privés sur la base des offres de gros de l'opérateur historique ;
- maintenant, en violation des prescriptions réglementaires, un service de restriction d'appels auquel ses concurrents ne pouvaient avoir accès. L'Autorité a souligné l'importance de ce type de services pour les consommateurs insulaires, en raison du coût élevé des communications entre les départements d'outre mer et la métropole. L'impossibilité, pour les opérateurs alternatifs, d'offrir un service de restriction d'appel compatible avec celui de France Télécom a nui à la qualité de leur service et renforcé la position dominante de l'opérateur historique ;
- diffusant, en violation des prescriptions réglementaires, des informations trompeuses quant au dispositif permettant à un abonné ayant fait le choix de la pré-sélection d'un opérateur alternatif (le « 8 »), de sélectionner, par exception et appel par appel, les services de France Télécom.

### *Ciseau tarifaire*

Il ressort de la jurisprudence qu'une entreprise abuse de sa position dominante « lorsque, dans le cas d'une entreprise intégrée dominant le marché, il existe entre les prix des prestations intermédiaires aux concurrents sur un marché en amont et les prix de détail sur un marché en aval un rapport qui se traduit par une restriction de la concurrence sur le marché des prestations intermédiaires ou sur le marché [aval] » (Commission, 21 mai 2003, Deutsche Telekom, point 106).

La Commission européenne a précisé que « [c]e genre de situation donne lieu à une pression anticoncurrentielle sur les marges commerciales des concurrents, car ces marges sont soit inexistantes soit trop faibles pour permettre à ces derniers d'entrer en concurrence avec l'opérateur historique sur les marchés [aval]. Une marge insuffisante entre les prix des prestations intermédiaires et les prix de détail d'un opérateur verticalement intégré occupant une position dominante constitue plus particulièrement un comportement anticoncurrentiel, dès lors que d'autres opérateurs s'en trouvent écartés de la concurrence sur le marché en aval, même s'ils sont au moins aussi efficaces que l'opérateur historique » (point 108).

Le Tribunal de première instance des Communautés européennes, a confirmé cette analyse en précisant que pour qualifier une pratique d'abusives au sens de l'article 102 du traité, « il y a lieu d'examiner si la requérante elle-même, ou une entreprise aussi efficace qu'elle, aurait été en mesure de proposer ses services aux abonnés autrement qu'à perte, si elle avait été préalablement obligée d'acquiescer, sous forme de transfert entre sociétés, de tels tarifs afférents à des prestations intermédiaires internes » (TPICE, 10 avril 2008, Deutsche Telekom AG, T-271/03, Rec. p. II-477). Par ailleurs, la Cour de cassation a récemment rappelé « qu'une pratique de "ciseau tarifaire" a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes ; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du "ciseau tarifaire" leur sont indispensables pour la concurrencer sur le marché aval » (Cass. com., 3 mars 2009, n<sup>os</sup> 08-14.435 et 08-14.464, Ténor).

Dans une affaire **09-D-24**, l'Autorité a démontré que la société France Télécom avait abusé de sa position dominante en pratiquant des tarifs de détail qui ne pouvaient en aucune manière être répliqués par un opérateur alternatif puisqu'ils étaient inférieurs aux prix des seules offres de réseaux nécessaires à l'élaboration de ces offres de détail. Ce ciseau tarifaire a eu pour effet d'empêcher les opérateurs alternatifs de proposer des offres compétitives aux entreprises et aux collectivités.

De même, l'Autorité a relevé que la même société avait abusé de sa position dominante sur des marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM, en proposant une offre tarifaire en réponse à un appel d'offres passé par le Conseil régional de Guyane, laquelle ne pouvait être répliquée par un opérateur concurrent aussi efficace qu'elle, sauf à supporter des pertes (**09-D-36**).

### *Couplage*

Le Conseil a rappelé, dans une décision **09-D-10** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent, qu'en vertu de jurisprudences constantes nationales et communautaires, le fait, pour une entreprise dominante d'opérer un couplage entre ses produits ou ses prestations de services lorsque celui-ci, en dehors de toute justification économique objective, n'a d'autre but que d'amener le client à couvrir l'intégralité de ses besoins avec les produits concernés constitue une pratique prohibée par l'article 82 du traité CE (article 102 du TFUE; CJCE, 13 février 1979, Hoffman Laroche, 85/76, *Rec.* p. 461). Le Conseil a estimé que revêtait le même effet anticoncurrentiel qu'une offre couplée accompagnée d'un avantage économique substantiel, le dépôt, par la SNCM, d'une offre globale et indivisible, en réponse à un appel d'offres public dont l'objet visait à évincer ses concurrents en empêchant l'Office des transports de la Corse de comparer cette offre avec celles, présentées par ligne, des concurrents. En effet, l'Office des transports de la Corse n'avait d'autre choix que d'accepter cette offre dans sa globalité s'il souhaitait préserver la continuité de la desserte maritime entre Marseille et la Corse.

### *Pratiques discriminatoires*

Le fait, pour un opérateur en position dominante, d'imposer des prix ou conditions différents à des acheteurs se trouvant dans des situations équivalentes, leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, constitue un abus. En revanche, il reste loisible à un opérateur en position dominante de traiter différemment des acheteurs se trouvant dans des situations différentes.

Parmi les pratiques potentiellement discriminatoires, les remises sur les prix de vente sont une pratique courante dans tous les secteurs d'activité. Leur généralisation tient au fait que, en raison même de la différenciation qu'elles introduisent dans les prix, elles présentent des avantages particuliers, en permettant de servir une demande qui ne serait pas satisfaite, ou en incitant la demande à prendre des formes qui permettent de réaliser des gains d'efficacité pour les offreurs. Les remises peuvent ainsi avoir un objet ou un effet incitatif et assurer la fourniture d'un niveau d'effort plus élevé, par exemple un effort de vente ou d'augmentation de la qualité de service dans le cadre d'une relation verticale entre un vendeur et un revendeur. En ce sens, la différenciation tarifaire peut avoir un effet pro concurrentiel.

Le Conseil et l'Autorité ont rappelé qu'il est de jurisprudence constante que les remises accordées par un opérateur en position dominante et destinées à lui assurer l'exclusivité de l'approvisionnement d'un client sont susceptibles de produire des effets restrictifs de concurrence.

Dans une décision **09-D-04**, le Conseil a estimé que les sociétés NMPP et TP, formant une unité économique en position dominante sur le marché de la distribution de la presse vendue au numéro, avaient abusé de cette position dominante en proposant aux éditeurs un système de rabais fidélisants pouvant potentiellement conduire à évincer leurs concurrents. Le Conseil a rappelé à cet égard que lorsque l'impact d'une remise contribue à élever les coûts de changement de

fournisseur (*switching costs*), il est nécessaire de comparer la durée d'engagement à la fréquence avec laquelle les ventes aux acheteurs concernés peuvent être remises en concurrence, en l'absence de remise fidélisante. Si cette remise conduit à allonger de façon artificielle la durée pendant laquelle les clients sont captifs, elle peut avoir pour effet de limiter l'exercice de la concurrence par les autres entreprises présentes sur le marché et d'élever artificiellement les barrières à l'entrée.

En l'espèce, les trois déclinaisons du système de rabais ont été considérées comme anticoncurrentielles par le Conseil :

- la bonification exceptionnelle, qui tendait à restreindre les possibilités de choix de l'ensemble des clients, tant de ceux préférant le rapport qualité/prix des services offerts par l'ensemble NMPP/TP que de ceux optant pour celui de leur concurrent (MLP);
- la prime de fidélité introduite dans les barèmes de TP qui prévoyait que les groupes de presse qui confiaient la distribution de la totalité de leurs produits presse à TP bénéficieraient pour chacun de ces titres d'une remise non cumule avec la bonification exceptionnelle;
- la clause de résiliation dans les contrats d'avance sur recettes qui excédait manifestement ce qui était nécessaire afin de garantir la récupération de l'avance consentie.

Dans une affaire **09-D-36**, l'Autorité a sanctionné la société Orange Caraïbe pour avoir abusé de sa position dominante en mettant notamment en œuvre trois types de pratiques discriminatoires.

Concernant les offres de fidélisation mises en œuvre par la société Orange Caraïbe, l'Autorité a rappelé que l'analyse de telles pratiques doit s'effectuer dans le cadre d'un bilan concurrentiel mettant en balance les effets anticoncurrentiels inhérents à ce genre de pratiques et les bénéfices que peuvent en retirer le consommateur ou le marché. Elle a ainsi procédé à l'examen, pour chaque offre de fidélisation proposée par la société Orange Caraïbe, de la durée des engagements pris par l'opérateur, des avantages financiers ou en nature octroyés au consommateur, de la structure du marché et des modalités de leur mise en œuvre pour conclure à leur caractère anticoncurrentiel.

Concernant les pratiques de différenciation tarifaire entre les appels à l'intérieur du réseau de l'opérateur de téléphonie (dits *on net*) et ceux sortant du réseau (dits *off net*), l'Autorité a constaté que ce type d'incitation tarifaire, portant en l'espèce sur des cartes prépayées, avait conduit à renforcer artificiellement l'attractivité de l'opérateur au détriment de ses concurrents en raison d'effets de réseau (ou effets de « club »). Ces effets s'observent lorsque la satisfaction qu'un consommateur peut tirer de son appartenance au réseau d'un opérateur dépend de la circonstance que d'autres utilisateurs en font également partie. Par ailleurs, ces pratiques ont conduit à présenter un opérateur tiers comme étant plus coûteux, dégradant ainsi son image et réduisant artificiellement le volume d'appels à destination de son réseau.

Concernant les pratiques discriminatoires relatives au maintien, par la société France Télécom, d'offres incluant une option appelée « avantage Améris », visant à appliquer un taux de réduction au prix des appels fixes vers les mobiles sur son réseau, postérieurement à l'entrée sur le marché de la société Bouygues Télécom et auprès de clients qui l'avaient souscrite initialement, l'Autorité a relevé qu'elles avaient, de manière injustifiée, favorisé la société Orange Caraïbe au détriment de son concurrent (09-D-36).

Dans une décision **09-D-06** relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, le Conseil a estimé que constituaient des pratiques discriminatoires, témoignant d'un abus par la SNCF de sa position dominante :

- la dispense accordée aux sociétés qui exploitaient le site voyages-sncf.com d'utiliser le système de réservation de billets « Ravel » dont le coût de la licence d'exploitation devait en revanche être supporté par les autres agences ;
- l'impossibilité faite aux titulaires de la licence Ravel de distribuer des billets dits « offres de dernière minute » et d'afficher sur leur site l'ensemble de l'offre ferroviaire de la SNCF, y compris l'offre « iDTGV » ;
- l'application à la société Voyages-sncf.com de taux de commissions supérieurs à ceux consentis aux autres agences de voyages.

#### *Refus d'accès à une ressource ou à une infrastructure essentielles*

Le refus d'accès à une infrastructure gérée par une entreprise en position dominante n'est pas en tant que tel constitutif d'un abus de position dominante. Toutefois, l'accès à une ressource ou à une infrastructure peut, à certaines conditions, révéler un abus de position dominante. Ainsi que le Conseil de la concurrence l'a rappelé en substance dans son avis 02-A-08 du 21 mai 2002, demandé par l'Association pour la promotion de la distribution de la presse, une ressource est considérée comme essentielle dans l'hypothèse où cinq critères cumulatifs sont réunis :

- en premier lieu, la ressource est possédée par une entreprise qui détient sur elle un monopole ou du moins une position dominante ;
- en second lieu, l'accès à cette ressource est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de la ressource détient le monopole (ou la position dominante), cette condition ayant été rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt du 12 juillet 2005 (n° 04-12388, NMPP) ;
- en troisième lieu, la ressource ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables ;
- en quatrième lieu, l'accès à cette ressource est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
- en dernier lieu, l'accès à la ressource est possible.

Le Conseil a également rappelé, dans son avis précité que, dans les arrêts Magill du 6 avril 1995 (C-241/91P et C-242/91P, *Rec.* p. I-743) et IMS du 29 avril 2004 (C-418/01, *Rec.* p. I-5039), la Cour de justice des Communautés européennes avait précisé en quoi des informations servant à confectionner des grilles de programmes

de télévision ou des structures modulaires de reporting de données dans le secteur pharmaceutique, couvertes par des droits de propriété intellectuelle, constituaient des ressources essentielles : « *Il ressort de cette jurisprudence [Magill] que, pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée puisse être qualifié d'abusif, il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé.* »

Le Conseil, dans une décision **09-D-06** relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, a considéré que le système de réservation informatisé « Résarail » de la SNCF constituait une facilité essentielle. Il s'est fondé sur la position dominante de la SNCF, le caractère strictement nécessaire de l'accès à cette ressource pour réserver des voyages en train, l'impossibilité de dupliquer la ressource puisque les informations étaient seules détenues par l'opérateur et l'obligation d'acquérir la licence du logiciel Ravel, seul à même de procurer une interface avec le système Résarail.

### *Les pratiques n'ayant pas été qualifiées d'abusives*

#### *Prédation*

Dans une décision **09-D-04**, le Conseil a considéré que le système de remises accordées par NMPP/TP aux dépositaires de presse, bien qu'étant dénué de transparence, n'avait pas entraîné de discrimination anticoncurrentielle entre les éditeurs et n'avait pas entraîné des prix inférieurs aux coûts variables ou inférieurs aux coûts totaux dans le cadre d'un plan visant à éliminer la concurrence.

Par ailleurs, l'Autorité a considéré que la société Chep n'avait pas mis en œuvre de stratégie de prix prédateurs sur le marché de la location-gestion de bacs plastiques et palettes car cette dernière avait, sur la période considérée, toujours couvert ses coûts variables moyens, mais pas systématiquement ses coûts moyens totaux. Par ailleurs, la baisse continue de la part de marché de cette entreprise et la montée en puissance concomitante de ses concurrents rendaient mécaniquement illusoire tout espoir de récupération des pertes à l'issue de la période de prédation alléguée (**09-D-33**).

#### *Exclusivités*

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentanée d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa candidature à la délégation de service public de la Communauté urbaine Marseille Provence Métropole pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille, l'Autorité a rappelé sa pratique décisionnelle constante selon laquelle le fait de limiter l'accès à un groupement à ses seuls fondateurs ou à des entreprises acceptées par eux, n'était susceptible d'entraver le libre jeu de la concurrence que si la participation au groupement constituait la condition de l'accès au marché. L'Autorité a estimé que la présence d'une clause d'exclusivité dans ce type d'accord répondait à la logique même du partenariat et ne présentait pas un caractère anticoncurrentiel (**09-D-18**).

### *Dénigrement*

L'Autorité a estimé que la société RTE n'avait pas, à l'égard des éléments présentés, mis en œuvre de politique de dénigrement à l'égard de la société Études et Travaux, le courriel envoyé par l'échelon central de RTE à ses structures régionales et locales se bornant à dispenser des informations justes, précises et sans ambiguïté concernant sa politique d'achat **(09-D-21)**.

### *Abus d'exploitation*

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football (FFF), l'Autorité a estimé que la société Sportfive n'avait pas abusé de sa position dominante pour obtenir de la FFF, dans le cadre de négociations déséquilibrées, des avantages financiers injustifiés. L'Autorité a considéré que compte tenu de la teneur des négociations contractuelles, menées par les dirigeants des deux parties contractantes et des décisions qu'elles avaient prises, il n'était pas démontré que Sportfive aurait cherché à imposer à son partenaire des avantages économiques injustifiés qui auraient eu pour finalité de dénaturer profondément le contrat initial **(09-D-31)**.

### *Prix imposés*

L'Autorité a estimé que la société Orange Caraïbe n'avait pas mis en œuvre de pratique de prix imposés de revente des terminaux dans le cadre d'offres promotionnelles répétées ainsi que dans le cadre du programme de fidélité « Changez de mobile » à l'égard de ses distributeurs. L'Autorité s'est fondée sur sa pratique décisionnelle constante en matière de prix imposés selon laquelle les éléments suivants doivent être réunis :

- en premier lieu, les prix de vente au détail souhaités par le fournisseur sont connus des distributeurs ;
- en deuxième lieu, une police des prix a été mise en place pour éviter que des distributeurs déviants ne compromettent le fonctionnement durable de l'entente ;
- en troisième lieu, ces prix souhaités par le fournisseur et connus des distributeurs, sont significativement appliqués par ces derniers.

L'Autorité a rappelé que la deuxième branche du faisceau d'indices n'est en général pas invoquée lorsque la pratique de prix imposés est recherchée dans le cadre d'un abus de position dominante car dans ce cadre, les prix peuvent être imposés de telle manière que des mécanismes de contrôle et de sanction ne soient pas nécessaires, notamment si la marge de manœuvre des distributeurs est nulle **(09-D-36)**.

### *Pratiques discriminatoires*

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société RTE sur le marché de travaux de lignes aériennes haute tension, l'Autorité a considéré, qu'eu égard aux éléments probants présentés, la société RTE n'avait pas abusé de sa position dominante afin d'écarter la société Études et Travaux du marché en lui imposant une procédure d'agrément préalable à la candidature à certains marchés. À cet effet, l'Autorité a relevé que la procédure de qualification mise en œuvre

par RTE s'inscrivait dans le cadre légal des systèmes de qualifications auxquels peuvent recourir les entreprises publiques dans le domaine du transport ou de la distribution d'électricité. La circonstance que des relations commerciales préexistaient entre ces entreprises était indifférente, dans la mesure où la société RTE se conformait, en exigeant une procédure d'agrément préalable, aux directives européennes et à leur transposition en droit national (09-D-21).

De même, le Conseil a considéré que l'octroi, par la SNCF, de tarifs particuliers à certains voyageurs pour la distribution de billets de train intégrés à des voyages à forfait, dits tarifs RIT (Rail Inclusive Tour) ne constituait pas une pratique discriminatoire. Le Conseil a constaté que si la SNCF refusait d'ouvrir l'accès de ses tarifs RIT aux agences de voyages en ligne qui souhaitaient offrir à leurs clients la possibilité de composer eux-mêmes des forfaits dynamiques, elle n'interdisait pas la revente sur Internet des billets de trains acquis à ce tarif. Par ailleurs, le Conseil a souligné qu'à la différence des voyageurs qui bénéficiaient des tarifs RIT pour composer des forfaits statiques, les agences de voyages proposant des forfaits dynamiques ne réservaient pas longtemps à l'avance un important volume de billets de train, Or, c'est cet engagement précoce sur un nombre conséquent de billets de train qui motivait l'octroi des tarifs RIT, constituant en réalité des tarifs de gros (09-D-06).

### *Abus de dépendance économique*

Aux termes de l'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce : « *Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6.* »

L'application de ces dispositions suppose donc d'établir, dans un premier temps, l'état de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre et, dans un second temps, l'abus commis par cette dernière.

### La notion de dépendance économique

L'Autorité a rappelé, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société RTE sur le marché de travaux de lignes aériennes haute tension, les critères cumulatifs posés par la jurisprudence et sa pratique décisionnelle pour l'appréciation de l'existence d'un abus de dépendance économique :

- l'importance de la part du chiffre d'affaires réalisée par le fournisseur avec le distributeur ;
- l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés ;
- les facteurs ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur, en particulier si elle résulte d'un choix de stratégie commerciale ou au contraire d'une nécessité technique s'imposant au producteur ;

- l'existence ou non de solutions équivalentes, « *de telle sorte que l'état de dépendance implique l'impossibilité dans laquelle se trouve une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées* ». L'appréciation de solutions équivalentes nécessite l'examen du point de savoir si les facteurs de production sont spécialisés dans la fabrication de biens et services destinés aux distributeurs et ne peuvent être ni utilisés ni adaptés à la production d'autres biens et services, à un coût économiquement acceptable (cf. notamment la décision 03-D-42 du 18 août 2003, relative à des pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles, paragraphes 46 et s.; 09-D-21).

## La notion d'abus de dépendance économique prohibé

Aucune pratique d'abus de dépendance économique n'a été retenue par le Conseil ou l'Autorité durant l'année 2009.

## Prix abusivement bas

L'article L. 420-5 du Code de commerce prohibe les « *offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits [...]* ».

Ainsi que le Conseil l'a rappelé dans une décision n° 06-D-23 du 21 juillet 2006, « *la qualification de prix abusivement bas suppose la réunion de trois conditions cumulatives : en premier lieu, le prix en question doit être un prix de vente au consommateur ; en deuxième lieu, le niveau de prix proposé doit être insuffisant au regard des coûts de production, de transformation et de commercialisation [...]; en troisième lieu, le prix pratiqué doit traduire une volonté d'éviction ou bien comporter une potentialité d'éviction du concurrent ou du produit concurrent [...]* ».

Dans une décision **09-D-20**, l'Autorité de la concurrence a rappelé que « *l'infraction de prix anormalement bas est définie par l'article L. 420-5 du Code de commerce et (que) son examen relève de la compétence de l'Autorité de la concurrence. Toutefois, cette appréciation vise exclusivement les offres de prix ou de services faites au consommateur final. À plusieurs reprises, lorsqu'il a été saisi au regard de l'article L. 420-5 d'offres de prix en matière de marchés publics de collectivités locales, le Conseil de la concurrence a rappelé qu'une collectivité locale ne pouvait être assimilée à un consommateur final* » (cf. rapport annuel 2008).

## Mesures conservatoires

L'article L. 464-1 du Code de commerce donne à l'Autorité le pouvoir de « *prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave* ».

## Pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence

*et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante».*

Dans les décisions **09-D-02, 09-D-12, 09-D-15, 09-D-22, 09-D-28 et 09-D-29**, le Conseil puis l'Autorité ont estimé que les éléments du dossier ne démontraient pas que les pratiques examinées seraient la cause directe et certaine d'une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante.

Elle a en particulier rappelé qu'un simple risque hypothétique sur la pérennité d'une entreprise ne suffit pas à démontrer une atteinte grave et immédiate aux intérêts de cette dernière ni à celui des consommateurs (**09-D-12, 09-D-22**). Les difficultés mises en avant doivent être de nature à menacer l'existence ou le maintien sur le marché de l'entreprise, la seule démonstration d'un manque à gagner étant insuffisante (**09-D-22; 09-D-28**).

En revanche, dans la décision **09-MC-01**, l'Autorité de la concurrence, saisie de pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale EDF ENR sur le marché émergent des services rendus aux particuliers souhaitant produire de l'électricité solaire photovoltaïque, a prononcé des mesures conservatoires dans l'attente de sa décision au fond, en relevant que des pratiques anticoncurrentielles, émanant d'un opérateur historique, susceptibles de fausser le libre jeu de la concurrence sur un marché émergent, connexe à celui sur lequel il détient une position dominante héritée de son monopole légal et intervenant lors d'une étape clé de développement de ce marché, peuvent causer une atteinte grave et immédiate aux intérêts des concurrents, au secteur et, *in fine*, aux consommateurs finals.

En l'espèce, en effet, l'Autorité a estimé que les moyens de communication utilisés par EDF à destination de l'ensemble de ses abonnés entretenaient une confusion entre, d'une part, son rôle en tant que fournisseur d'électricité aux tarifs réglementés, et, d'autre part, l'activité concurrentielle de sa filiale, EDF ENR, opérant sur le marché émergent de l'offre globale de services destinés à la production d'électricité photovoltaïque. De ce fait, EDF ENR profitait de l'image de l'opérateur historique et utilisait la base de données détenue par sa société mère sur les clients régulés, avantages dont ne bénéficiaient pas ses concurrents. Sur un marché émergent en forte croissance, de telles pratiques pouvaient avoir un effet structurant et portaient à la concurrence une atteinte grave et immédiate justifiant des mesures d'urgence.

Il a donc été enjoint à EDF de modifier sa communication commerciale de façon à séparer celle relevant de ses activités de service public et celle de ses filiales intervenant dans le secteur concurrentiel.

Dans la décision **09-MC-02**, l'Autorité a constaté que les pratiques de discrimination tarifaire mises en œuvre par SRR, filiale de l'opérateur métropolitain SFR, opérateur historique à la Réunion et à Mayotte, causaient une atteinte grave et immédiate aux marchés réunionnais et mahorais de la téléphonie mobile et justifiaient que soient prononcées des mesures conservatoires.

Cet opérateur avait en effet pratiqué une différenciation tarifaire abusive entre les appels *on net* (sur le même réseau) et les appels *off net* (vers un autre réseau) dans la quasi-totalité des offres proposées à ses clients, rendant attractives les communications passées au sein du réseau SRR et générant un effet de club artificiel. La différence de tarif pratiquée en faveur des appels à destination du même réseau que celui de l'appelant donnait ainsi un avantage injustifié à l'opérateur disposant du nombre d'abonnés le plus grand. L'ampleur et la généralisation de telles pratiques tarifaires, appliquées à l'ensemble du parc de SRR, et l'atteinte portée à la dynamique concurrentielle sur les marchés des services de téléphonie mobile à la Réunion et à Mayotte caractérisaient la gravité des pratiques mises en œuvre par la société SRR.

Par ailleurs, le marché mobile de la zone Réunion-Mayotte traversait alors une période charnière – déploiements progressifs par les opérateurs mobiles de leurs réseaux 3G, arrivée sur le marché de terminaux attractifs permettant un accès facile à Internet et aux applications d'échanges de données – et les fêtes de fin d'année constituant une période décisive pour les opérateurs, il était indispensable de s'assurer que la position de la société SRR pourrait être contestée dans des conditions effectives par les opérateurs alternatifs. La situation justifiait donc de prononcer des mesures d'urgence pour renforcer la concurrence.

Afin de mettre un terme à cette distorsion de concurrence, l'Autorité de la concurrence a donc demandé à ce qu'il soit mis fin à tout écart de prix dépassant celui des coûts supportés par SRR pour les deux types d'appels.

## Imputabilité

### *Du comportement de la filiale à la société mère*

Il résulte de la pratique décisionnelle du Conseil, puis de l'Autorité de la concurrence, que les pratiques mises en œuvre par une filiale sont, même dans le cas où elle est détenue à 100 % par une société mère, imputables à la première pour autant qu'elle soit suffisamment autonome de la société qui la contrôle en ce qui concerne la mise en œuvre des pratiques qui lui sont reprochées. La filiale doit être en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière ou technique et, en particulier, de mettre en œuvre les pratiques en s'affranchissant du contrôle hiérarchique de la société dont elle dépend. Ainsi, au sein d'un groupe, il est possible d'imputer une pratique anticoncurrentielle à une filiale à raison du rôle effectif dans la réalisation de la pratique ou de l'imputer à la société mère, si la filiale ne fait qu'exécuter des décisions prises par cette dernière.

Dans la décision **09-D-31** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football (FFF), l'Autorité a ainsi considéré que la société Football France Promotion, devenue une filiale du groupe Darmon, lui-même devenu la société Sportfive, ne disposait pas d'une autonomie de gestion par rapport à la société mère,

qui la contrôle et définit l'ensemble de la politique commerciale menée à l'égard de la FFF. Les pratiques retenues ont donc été imputées à la société mère, Sportfive.

De même, dans la décision **09-D-06** relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expédia Inc., le Conseil, après avoir retenu l'applicabilité du droit communautaire en l'espèce, a rappelé qu'aux termes de la jurisprudence communautaire, une société est présumée responsable des pratiques commises par les filiales qu'elle détient à 100 %, sauf pour elle à renverser cette présomption en démontrant que ces filiales disposent d'une autonomie de décision. Il a donc estimé que puisque la SNCF était actionnaire à 100 % de ses filiales mises en cause et que l'autonomie de ces dernières n'était pas démontrée, les pratiques reprochées à ces sociétés étaient imputables à leur seule maison mère.

Dans la décision **09-D-36** relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements d'Outre Mer, l'Autorité a précisé sa position, au vu de l'arrêt *Akzo Nobel e. a./Commission* du 10 septembre 2009 (C-97/08P, non encore publié au *Recueil*) par lequel la Cour de justice des Communautés européennes a clairement rappelé sa jurisprudence.

Aux termes de cet arrêt, la société mère qui détient 100 % des parts de sa filiale est présumée former avec elle une entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence, c'est-à-dire une unité économique. C'est pourquoi la société mère peut être tenue responsable du comportement de sa filiale, sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'elle a effectivement exercé un pouvoir de direction sur celle-ci dans le cadre de la mise en œuvre des pratiques reprochées. Cette présomption est cependant réfragable et peut être renversée s'il est démontré, eu égard aux liens économiques, organisationnels et juridiques entre la société mère et sa filiale, que les deux sociétés ne constituent pas une seule entité économique. Selon la cour, il ne suffit donc pas de soutenir que la société mère n'était pas impliquée dans la mise en œuvre de la politique commerciale de sa filiale ou des pratiques concernées.

Dans l'affaire concernant Orange Caraïbe et France Télécom, l'Autorité a souligné que l'appréciation donnée par les juridictions communautaires sur la notion d'entreprise et les règles d'imputabilité s'imposent à elle lorsqu'elle applique le droit communautaire, ainsi qu'aux juridictions qui la contrôlent. La question de l'imputabilité des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe devait donc être examinée au regard des principes dégagés par la jurisprudence communautaire.

Dans un premier temps, l'Autorité a constaté que, pendant la période des pratiques en cause, France Télécom détenait indirectement la totalité ou la quasi-totalité du capital d'Orange Caraïbe si bien qu'en application de la jurisprudence communautaire, il devait être présumé que France Télécom et Orange Caraïbe constituaient une entité économique unique et, dès lors, une entreprise au sens du droit communautaire.

L'Autorité a ensuite estimé, contrairement à ce que soutenait France Télécom, que l'absence d'éléments au dossier démontrant son implication directe dans la mise en œuvre concrète des pratiques reprochées à Orange Caraïbe ne pouvait suffire à

renverser cette présomption d'absence d'autonomie et d'unité économique. À cet égard, elle a relevé que la marge de manœuvre dont bénéficierait Orange Caraïbe ne dépassait pas ce qu'induisait l'éloignement géographique entre elle-même et sa société mère, et que France Télécom ne faisait état d'aucun facteur, tiré de l'analyse de l'ensemble des liens organisationnels, juridiques et économiques existant au sein du groupe, susceptible de démontrer de manière probante qu'Orange Caraïbe n'appartiendrait pas à une telle unité économique.

Elle a remarqué qu'il résultait au contraire du dossier qu'à l'époque des faits, France Télécom et Orange Caraïbe se présentaient comme un groupe vis-à-vis de leurs clients et partenaires, et que la stratégie globale du groupe France Télécom reposait alors sur l'articulation entre les services de téléphonie mobile et ceux offerts par les communications électroniques fixes.

Par conséquent, l'Autorité a considéré que France Télécom était responsable, aux côtés d'Orange Caraïbe, des pratiques commises par cette dernière.

## Politique de l'Autorité de la concurrence en matière de sanctions

En donnant au Conseil de la concurrence la possibilité d'infliger des sanctions, l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 l'a doté d'un réel pouvoir lui permettant de remédier au trouble à l'ordre public économique que constituent les pratiques anticoncurrentielles, non seulement de façon punitive, par la possibilité d'infliger des sanctions pécuniaires, mais aussi de façon corrective, par la possibilité de prononcer des injonctions.

Ces pouvoirs ont été renforcés par les dispositions de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite loi NRE, qui a élevé le plafond des sanctions pouvant être prononcées par le Conseil, à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre, ou à 3 millions d'euros si le contrevenant n'est pas une entreprise. Cette loi a en outre porté à 750 000 euros, pour chacun des auteurs des pratiques prohibées, le plafond des sanctions qui peuvent être prononcées à la suite d'une procédure simplifiée, c'est-à-dire ne comportant pas l'établissement d'un rapport (articles L. 464-2 et L. 464-5 du Code de commerce).

La loi NRE a de plus introduit une procédure de non-contestation des griefs, ainsi qu'une procédure de clémence dans le dispositif relatif aux sanctions, qui permettent de renforcer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

L'ordonnance n° 2008-1168 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence a modifié la procédure de non-contestation des griefs en prévoyant qu'elle peut être mise en œuvre par l'Autorité même en l'absence d'engagements. En 2009, les dispositions relatives à cette procédure ont été mises en œuvre dans six décisions (**09-D-03**; **09-D-05**; **09-D-06**; **09-D-19**; **09-D-24**; **09-D-31**).

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a donné au Conseil de la concurrence le pouvoir d'assortir d'astreintes les sanctions et injonctions qu'il prononce à l'encontre des entreprises ou organismes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'il fixe (article L. 464-2, II du Code de commerce).

L'ensemble des outils dont dispose l'Autorité à la suite du Conseil répond au même objectif de rétablissement ou de maintien, pour l'avenir, d'une situation normale de concurrence : des sanctions pécuniaires significatives peuvent dissuader l'entreprise de réitérer ses pratiques anticoncurrentielles ; des engagements ou des injonctions préfigurent une modification substantielle et crédible des comportements de l'entreprise et l'abandon de ses pratiques anticoncurrentielles.

### *Aspect correctif : les injonctions*

#### **Injonctions de s'abstenir de certaines pratiques**

L'Autorité de la concurrence et le Conseil de la concurrence n'ont pas prononcé, en 2009, d'injonction de ne pas faire.

#### **Injonctions de prendre certaines mesures**

##### *Les injonctions de prendre certaines mesures dans le cadre de demandes de mesures conservatoires*

L'Autorité de la concurrence a prononcé des injonctions dans le cadre de deux décisions de mesures conservatoires (**09-MC-01 et 09-MC-02**).

L'Autorité a été saisie en mai 2009, par la société Solaire Direct, active sur le marché émergent des services rendus aux particuliers souhaitant produire de l'électricité solaire photovoltaïque, d'une plainte assortie d'une demande de mesures conservatoires, à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe Électricité de France (EDF) et ses filiales. La plaignante reprochait à EDF de faire un usage abusif de la position dominante qu'elle détenait en tant qu'opérateur historique sur les marchés de la production, de la distribution et de la fourniture d'électricité, pour pénétrer le marché émergent de l'offre globale de services destinés à la production d'électricité photovoltaïque, sur lequel opérait sa filiale EDF ENR. Il est apparu que les moyens de communication utilisés par EDF à destination de l'ensemble de ses abonnés, notamment la Lettre Bleu Ciel et la plateforme téléphonique 3939 qui orientaient les particuliers intéressés par la production d'électricité photovoltaïque vers sa filiale EDF ENR, entretenaient une confusion entre, d'une part, le rôle d'EDF en tant que fournisseur d'électricité aux tarifs réglementés, et, d'autre part, l'activité concurrentielle de sa filiale. Ainsi EDF ENR a profité de l'image de l'opérateur historique et a utilisé la base de données détenue par sa société mère, ce qui constituait un avantage important. Dans sa décision **09-MC-01**, l'Autorité a relevé que, commises sur un marché émergent, les effets des pratiques risquaient d'être très difficilement réversibles. Elle a conclu à l'existence d'un lien

de causalité entre les pratiques alléguées et une atteinte grave et immédiate à la concurrence dans un secteur en plein développement sur lequel les actions de l'opérateur historique pouvaient jouer un rôle structurant. Elle a donc enjoint à EDF :

- à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, de supprimer, dans tous les supports de communication portant la marque Bleu Ciel d'EDF, toute référence à l'activité d'EDF ENR dans la filière solaire photovoltaïque. Ces supports sont constitués, de façon non limitative, de la Lettre Bleu Ciel, de la facture de fourniture d'électricité EDF, des publicités par les médias sur l'offre Bleu Ciel, de la plateforme téléphonique du 3929, mais aussi de toute autre plateforme téléphonique conduisant au serveur vocal Bleu Ciel d'EDF, ainsi que du site Internet Bleu Ciel;
- de faire cesser, toute référence, par les agents répondant au 3929, aux services offerts par EDF ENR;
- de mettre fin à toute communication à EDF ENR d'informations recueillies par le 3929. Cette injonction vise la prise de rendez-vous mais aussi la transmission de renseignements sur les personnes intéressées par la production d'énergie photovoltaïque;
- de ne plus mettre à la disposition d'EDF ENR d'informations dont EDF dispose du fait de ses activités de fournisseur de services d'électricité aux tarifs réglementés.

Par ailleurs, saisie en 2009 d'une plainte des sociétés Orange Réunion, Orange Mayotte et Outremer Télécom qui reprochaient à SRR, filiale de l'opérateur métropolitain SFR, d'abuser de sa position dominante en pratiquant une différenciation tarifaire (c'est-à-dire ne correspondant pas aux coûts) entre les appels *on net* (sur le même réseau) et les appels *off net* (vers un autre réseau) dans la quasi-totalité des offres proposées à ses clients, l'Autorité a prononcé des injonctions à l'encontre de SRR (09-MC-02). L'Autorité a rappelé les termes de sa décision 02-D-69 du 26 novembre 2002 qui concernait une différenciation entre tarifs *on net* et tarifs *off net* envisagée par Orange en métropole selon lesquels : « *La différenciation tarifaire peut influencer sur le choix des clients lors du premier achat ou d'un renouvellement, dans la mesure où ils seront désormais susceptibles de tenir compte des réseaux auxquels appartiennent leurs principaux correspondants. Ces effets sont de nature à limiter l'interopérabilité des réseaux et donc à favoriser le plus grand des parcs, les clients valorisant la possibilité d'appeler et d'être appelés par le plus grand nombre possible de correspondants.* » Elle a souligné, en outre, que la cour d'appel de Paris avait elle-même stigmatisé la pratique de différenciation tarifaire entre les appels *on net* et les appels *off net* en notant que : « *Cette pratique de discrimination tarifaire non justifiée par une différence objective de situation, appliquée par un opérateur en position dominante, est de nature à renforcer ce dernier par un effet de réseau, ou "effet club", dans la mesure où les clients sont incités à restreindre le volume des appels destinés à l'opérateur concurrent et, lors du premier achat ou d'un renouvellement, à tenir compte du réseau auquel appartiennent leurs principaux correspondants; qu'il en est d'autant plus ainsi lorsqu'une telle pratique est observée sur un marché étroit (moins d'un million de clients potentiels), ne comportant que deux acteurs aux positions fortement asymétriques* » (arrêté du

28 janvier 2005). L'Autorité a relevé que SRR avait renforcé cet effet club par la mise en œuvre de campagnes de communication axées notamment sur les avantages de la tarification « *on net* » du plus grand réseau. Elle a souligné que ces pratiques de discrimination tarifaire étaient la cause d'une atteinte grave et immédiate aux marchés réunionnais et mahorais de la téléphonie mobile.

Elle a donc enjoint à SRR à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, de faire en sorte que, pour toutes les offres comportant des tarifs différents pour les appels vocaux et SMS « *on net* », d'une part, et « *off net* », d'autre part, l'écart entre ces tarifs ne dépasse pas l'écart entre les coûts que SRR supporte pour l'acheminement de ces deux types d'appels. Cette injonction s'applique pour l'ensemble des nouvelles offres commercialisées. Pour les contrats en cours d'exécution, cette injonction concerne l'ensemble des offres prépayées, des forfaits Intégral, Maxxi et Compte Bloqué. Par ailleurs, elle a demandé à la société SRR d'en informer ses clients par mention de la formule suivante sur leurs prochaines factures et par affichage dans les espaces de vente SRR : « *Appliquer à ses clients des tarifs d'appel ou de SMS différents selon que l'appel ou le message sont destinés à un correspondant client du même opérateur que l'appelant ou à un correspondant client d'un autre opérateur favorise indûment l'opérateur qui dispose du plus grand nombre de clients. Afin de mettre un terme à cette distorsion de concurrence, l'Autorité de la concurrence demande à SRR de ne plus différencier ses tarifs entre les deux types d'appel ou de message au-delà des écarts de coûts qu'elle supporte pour ces deux types d'appel ou de message. SRR propose donc de nouveaux tarifs respectant cette exigence.* » La société SRR devait mettre en œuvre ces injonctions au plus tard le 1<sup>er</sup> décembre 2009 à la Réunion et le 1<sup>er</sup> février 2010 à Mayotte.

En outre la société SRR devait adresser à l'Autorité, sous pli recommandé avec demande d'avis de réception, un rapport d'exécution des mesures prononcées à l'article précédent, au plus tard le 1<sup>er</sup> mars 2010.

### *Les injonctions de prendre certaines mesures sanctionnant un comportement anticoncurrentiel*

Le Conseil et l'Autorité n'ont rendu aucune décision imposant des injonctions sanctionnant un comportement anticoncurrentiel, au cours de l'année 2009.

### *Examen du respect des injonctions*

En 2009, le Conseil de la concurrence et l'Autorité n'ont pas eu à connaître du non-respect d'injonction.

## *Aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions*

### Application des plafonds de sanction prévus par la loi NRE du 15 mai 2001

Les plafonds de sanction, tels qu'ils résultent des dispositions de la loi du 15 mai 2001, sont plus élevés que ceux édictés dans le cadre de l'ancienne rédaction de l'article L. 464-2 du Code de commerce, lui-même issu de la codification de l'article 21 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Les dispositions transitoires de la loi du 15 mai 2001 ne prévoient l'applicabilité des nouveaux plafonds qu'aux pratiques dont le Conseil de la concurrence a été saisi postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi. Ce libellé aurait pu conduire à considérer que les nouveaux plafonds sont applicables aux infractions commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, dès lors que le Conseil aurait été saisi après. Toutefois, le Conseil a estimé, compte tenu du caractère quasi pénal des sanctions qu'il inflige, qu'il devait appliquer le principe général de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère énoncé, notamment, par les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que par l'article 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En conséquence, le nouveau plafond des sanctions ne s'applique qu'aux pratiques commises après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001.

L'année 2009 n'a pas donné lieu à l'application des anciennes dispositions. En effet, la montée en puissance de la loi NRE qui se faisait déjà sentir en 2007, s'est poursuivie en 2008, puis en 2009 : le Conseil de la concurrence, puis l'Autorité de la concurrence ont appliqué les plafonds issus de la loi NRE à des pratiques commises après l'entrée en vigueur de cette dernière, dans douze décisions (**09-D-03; 09-D-05; 09-D-06; 09-D-07; 09-D-10; 09-D-14; 09-D-17; 09-D-19; 09-D-24; 09-D-25; 09-D-34; 09-D-39**) et à des pratiques commencées avant l'entrée en vigueur de cette loi mais qui se sont poursuivies après cette date, c'est-à-dire, après le 18 mai 2001, dans trois décisions (**09-D-04; 09-D-31; 09-D-36**).

Le nouveau plafond de sanction de la procédure simplifiée, prévu à l'article L. 464-5 du Code de commerce et fixé à 750 000 euros, a été appliqué deux fois en 2009 (**09-D-10; 09-D-17**).

### Motivation des sanctions pécuniaires

Aux termes de l'article L. 464-2 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence « peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ».

### *Gravité des faits*

#### *Nature des pratiques en cause*

##### **Les ententes à l'occasion d'appels d'offres dans le cadre de marchés publics**

Ainsi que le rappelle le Conseil dans sa pratique décisionnelle, les ententes comises à l'occasion d'appels d'offres sont d'une nature particulièrement grave, puisqu'elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante. Le Conseil a souligné que seul le respect des règles de concurrence dans ce domaine garantit à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public **(09-D-03; 09-D-05)**.

Dans un arrêt du 8 octobre 2008, société SNEF, la cour d'appel de Paris a « *souligné la gravité intrinsèque d'ententes entre entreprises soumissionnaires concurrentes à des marchés publics, même en l'absence d'effet sensible sur le marché et [...] rappelé que l'existence d'un dommage à l'économie était présumée dès lors qu'une telle entente était établie et s'est référée au chiffre d'affaires consolidé mondial de l'entreprise* ». Dans ce même arrêt, la cour d'appel écarte le caractère ponctuel de la pratique et les conditions absurdes de sa mise en œuvre comme circonstances atténuantes. Ces pratiques affectent en effet le principe même de l'appel d'offres, qui repose sur la loyauté des participants **(09-D-05)**.

En particulier, le fait de faire échec au déroulement normal des procédures d'appels d'offres en empêchant la fixation des prix par le libre jeu du marché et de tromper la personne publique quant à la réalité et l'étendue de la concurrence s'exerçant entre les entreprises soumissionnaires est une pratique particulièrement grave puisqu'elle limite l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante **(09-D-25)**.

Le fait que les comportements émanent d'entreprises, qui, pour certaines sont d'envergure nationale, est d'autant plus grave qu'ils peuvent avoir eu un effet de banalisation et d'entraînement sur les sociétés de taille plus modeste du secteur **(09-D-25)**.

Dans sa décision **09-D-31**, l'Autorité de la concurrence a souligné que la Fédération française de football, première fédération sportive et, de très loin, en nombre de licenciés comme en recettes marketing et audiovisuelles, a adopté un comportement de nature à créer une malheureuse valeur d'exemple à l'égard des autres fédérations sportives moins riches.

La durée de la pratique est un critère à prendre en compte pour apprécier la gravité de l'infraction **(09-D-06)**. La durée à prendre en compte est celle de l'exécution du marché **(09-D-25)**.

Le Conseil a considéré que les ententes sur les prix à l'occasion d'appels à la concurrence figurent parmi les pratiques anticoncurrentielles les plus graves **(09-D-05)**.

Il a souligné, dans sa décision **09-D-05** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, que contrarier les politiques publiques, en

l'espèce celles qui visent à la réduction du coût du travail pour que les entreprises augmentent leurs embauches, est grave et que toute pratique de nature à minorer les effets de baisse de charges et à accroître le coût du travail pour les entreprises utilisatrices est contre-productive dans un contexte de lutte contre le chômage et de priorité accordée à la croissance économique.

Il a considéré que l'existence de représailles exercées par une entreprise ou à l'instigation d'une entreprise à l'encontre d'une personne qui a dénoncé des comportements anticoncurrentiels à une autorité de concurrence peut, en théorie, constituer un facteur aggravant, dont il devrait être tenu compte pour la sanction éventuelle infligée à cette entreprise, indépendamment des actions judiciaires que la personne objet de ces représailles peut elle-même engager **(09-D-05)**.

#### Les autres restrictions

Les pratiques de boycott présentent un certain caractère de gravité car elles visent à empêcher un ou plusieurs opérateurs économiques d'exercer librement leur activité sur un marché **(09-D-07)**.

De telles pratiques sont d'autant plus graves qu'elles ont été mises en œuvre par des instances, en l'espèce le Conseil national de l'ordre des chirurgiens dentistes et des Conseils départementaux de ce même ordre, qui ont utilisé l'autorité morale attachée à l'ordre professionnel qu'elles représentent pour inciter leurs membres à évincer effectivement un prestataire de services **(09-D-07)**.

Les pratiques d'éviction mises en œuvre dans le cadre de conventions passées sur une longue durée sans appel à la concurrence sur le marché des services de gestion et de commercialisation des droits marketing du sport et particulièrement sur un segment très en vue de ce marché, la commercialisation du marketing du football en France, est d'une gravité certaine **(09-D-31)**.

#### Les répartitions de marchés

La pratique visant à assurer une répartition du marché est grave. Cette gravité est renforcée par le fait que la pratique émane d'une autorité à laquelle a été confiée une mission de service public, en l'espèce, le Conseil régional de l'ordre de pharmaciens de Basse-Normandie **(09-D-17)**.

Dans sa décision **09-D-05** dans laquelle il a sanctionné quatre sociétés de travail temporaire pour s'être entendues, entre mars 2003 et novembre 2004 afin d'éviter la compétition entre elles vis-à-vis de leurs clients importants, le Conseil a souligné que les entreprises de travail temporaire essayaient de maintenir leurs parts de marché respectives auprès de certains grands clients, voire de maintenir globalement leurs positions sur le plan régional ou national. Il a rappelé que de telles concertations comptent parmi les pratiques dont la gravité est régulièrement soulignée par le Conseil.

#### La nature du marché affecté

Le Conseil de la concurrence a souligné la gravité des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre sur un segment de marché naissant en raison du caractère

potentiellement structurant qu'elles peuvent avoir (09-D-06), ou sur un marché venant de s'ouvrir à la concurrence (09-D-14).

### Les diverses catégories d'abus de position dominante

L'abus de position dominante commis par la SNCM qui avait la charge de la délégation de service public pour la desserte entre Marseille et la Corse est d'autant plus grave que, par sa position historique prédominante, elle devait être particulièrement attentive à ne pas fausser la concurrence (09-D-10).

Dans sa décision 09-D-24 du 28 juillet 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM, l'Autorité de la concurrence a souligné que la responsabilité particulière pesant sur un opérateur historique lui impose de ne pas écraser une concurrence naissante en abusant d'une puissance notamment issue d'un ancien monopole légal, rappelant ainsi ce que le Conseil avait déjà affirmé dans sa décision 05-D-59 du 7 novembre 2005. En effet, la position dominante de France Télécom sur les réseaux d'accès et de collecte résulte directement de son ancienne position monopolistique d'opérateur historique.

Elle a aussi souligné, comme par le passé, la gravité de la pratique consistant à identifier les clients ayant récemment migré vers un concurrent en utilisant les données que l'opérateur historique détient en sa qualité d'exploitant de la boucle fixe et estimé que la pratique était d'autant plus grave qu'elle était postérieure à une mise en demeure du régulateur sectoriel stigmatisant une telle pratique (09-D-24).

### *Dommage à l'économie*

#### *Nature des pratiques en cause*

#### Les ententes à l'occasion d'appels d'offres

En matière d'ententes dans le cadre d'appels d'offres, le Conseil rappelle régulièrement (09-D-03; 09-D-10) les principes développés par la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, soulignant que « *le dommage causé à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence* » (13 janvier 1998, Fougerolle-Ballot).

Un arrêt de la cour d'appel en date du 12 décembre 2000, Sogea Sud-Est, souvent cité, a précisé que « *ces pratiques anticoncurrentielles qui caractérisent un dommage à l'économie sont répréhensibles du seul fait de leur existence, en ce qu'elles constituent une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu, nonobstant la circonstance que l'échange d'informations entre entreprises sur le prix a été suivie d'une adjudication inférieure aux estimations du maître d'œuvre [...]* » (09-D-03; 09-D-05; 09-D-10; 09-D-25).

Un autre arrêt de la cour d'appel du 8 avril 2009 a rappelé que le dommage à l'économie est présumé dès lors que l'existence d'une entente est établie (09-D-19).

Par ailleurs, dans un arrêt du 8 octobre 2008, société SNEF, la cour d'appel de Paris a précisé que si « *le dommage à l'économie [...]* ne se réduit pas au préjudice subi par

*le maître d'ouvrage*», il « s'apprécie en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause ». Dans cet arrêt, la cour d'appel a approuvé le Conseil d'avoir infligé à une entreprise qui s'était concertée avec une autre pour répondre à un appel d'offres, une sanction nettement supérieure au montant du marché, alors même que ce dernier avait été attribué à une entreprise tierce ayant proposé un prix inférieur à celui proposé par l'entreprise sanctionnée (09-D-03; 09-D-05; 09-D-19).

### Les répartitions de marchés

La pratique visant à assurer une répartition du marché cause un dommage à l'économie en ce qu'elle perturbe l'ordre public économique, même si, compte tenu des faits de l'espèce, il y a lieu d'admettre qu'elle n'a pas eu d'impact réel (09-D-17).

Dans sa décision 09-D-19, l'Autorité de la concurrence, reprenant un arrêt de la cour d'appel du 25 février 2009 au terme duquel les pratiques de devis de complaisance aboutissent à une répartition de marché mais encore provoquent une hausse artificielle des prix qui ne sont pas établis par référence à la réalité des coûts, a souligné que la pratique des devis de couverture a pour effet d'entraîner une répartition du marché entre les entreprises et de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence.

Le dommage à l'économie ne peut être évalué qu'en comparant la situation résultant de la pratique à la situation qui aurait prévalu en l'absence de cette pratique (09-D-31).

### Les diverses catégories d'abus de position dominante

Se référant à l'arrêt de la cour d'appel du 12 décembre 2000, Sogea Sud cité plus haut, le Conseil a considéré que le même raisonnement peut être étendu aux pratiques abusives visant à évincer les compétiteurs de l'appel d'offres, qui perturbent le processus concurrentiel attendu de la part de la collectivité publique (09-D-10).

Afin d'apprécier l'importance du dommage à l'économie causé par des pratiques d'abus de position dominante, il convient, dans un premier temps, de déterminer l'étendue, la taille du marché affecté par les pratiques, leur durée et les effets à la fois conjoncturels et structurels de ces dernières (09-D-04; 09-D-24). Le Conseil puis l'Autorité prennent aussi en compte le montant du marché (09-D-10).

### *Caractéristiques du marché*

#### Les caractéristiques du marché ayant amplifié le dommage résultant de la pratique

Dans l'affaire 09-D-24, l'Autorité de la concurrence a pris en compte la spécificité des marchés ultramarins, soulignant que les pratiques de France Télécom ont contribué à rendre plus difficile la pénétration des marchés dominiens des communications par de nouveaux entrants de petite taille et que la concurrence avait mis plus de temps à s'installer dans les DOM qu'en métropole. Elle a ajouté que le dommage à l'économie causé par ces pratiques est d'autant plus lourd que celles-ci ont affecté des territoires dans lesquels les consommateurs disposent de revenus relativement faibles et pour lesquels les services de communications électroniques

## Pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence

revêtent une importance singulière, eu égard à un enclavement insulaire pouvant constituer un handicap sensible au développement de l'économie locale.

### *Situation individuelle des entreprises*

Pour déterminer la sanction applicable, le Conseil et l'Autorité se fondent sur des éléments généraux et individuels et sur le chiffre d'affaires de l'entreprise en cause (09-D-03; 09-D-04; 09-D-05; 09-D-06; 09-D-07; 09-D-10; 09-D-14; 09-D-17; 09-D-19; 09-D-24; 09-D-25; 09-D-31).

### *Circonstances dépourvues d'incidence sur les sanctions à prononcer*

Le maintien d'une certaine concurrence sur le marché, lorsqu'il est avéré, n'est pas de nature à justifier une atténuation de la gravité de la pratique. De même, l'existence d'un pouvoir de marché susceptible d'être exercé par les clients ne peut pas non plus justifier une pratique d'entente ni en atténuer la gravité (09-D-05).

Le fait d'avoir rapidement mis en place, après les opérations de visites et saisies des services d'enquête, un programme de formation du personnel au droit de la concurrence, ne saurait avoir un impact sur la sanction de faits antérieurs à sa mise en œuvre, qui auraient précisément pu être évités si celle-ci avait été effectuée plus tôt (09-D-05).

Le fait que le Conseil n'ait pas prononcé les mesures conservatoires demandées par l'entreprise saisissante, faute d'une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, n'est pas de nature à atténuer la gravité des comportements constatés (09-D-07).

Le caractère ponctuel ou la faible durée effective de la concertation n'est pas un critère pour atténuer la gravité d'une pratique d'entente horizontale en matière de marché public, puisqu'un appel d'offres est, par nature, un marché instantané qui peut être faussé sans recourir à une entente durable (09-D-34).

L'existence ou non d'une « préméditation » est dépourvue de pertinence en matière d'appréciation de la gravité de décisions anticoncurrentielles d'associations professionnelles (09-D-39).

### *Réitération des pratiques*

La réitération des pratiques est, de manière constante, considérée par le Conseil puis l'Autorité comme une circonstance aggravante justifiant une élévation de la sanction, notamment au regard de l'objectif de dissuasion que poursuit la politique de sanctions.

La notion de réitération, en droit de la concurrence, connaît un régime juridique *sui generis* qui doit être distingué des notions voisines du droit pénal. Lors de l'adoption de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, le législateur a modifié l'article L. 464-2 du Code de commerce pour améliorer la visibilité de ce critère de détermination de la sanction et renforcer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. La réitération des pratiques est désor-

mais expressément visée comme l'un des éléments que l'Autorité doit prendre en compte pour infliger une sanction pécuniaire.

Il convient toutefois de préciser que rien n'empêche l'Autorité, sur le fondement de la pratique décisionnelle antérieure du Conseil, de tenir compte de cet élément dans des situations où, compte tenu de la période des faits en cause, c'est l'article L. 462-4 du Code de commerce, dans sa version précédant la loi du 15 mai 2001, qui s'applique.

En 2009, le Conseil et l'Autorité ont visé et retenu la réitération des pratiques dans cinq décisions (**09-D-04; 09-D-05; 09-D-07; 09-D-24; 09-D-36**).

Sur le fond, le Conseil puis l'Autorité ont énuméré de manière détaillée dans leurs décisions **09-D-04, 09-D-05, 09-D-24** (comme le Conseil l'avait fait en 2007, dans la décision 07-D-33 qui avait justifié une majoration de 50 % de la sanction infligée à France Télécom et en 2008, dans sa décision 08-D-32) les quatre conditions dans lesquelles une situation de réitération peut être retenue.

Ainsi n'est-il possible, en premier lieu, de retenir la réitération d'éventuelles pratiques prohibées par le titre II du livre IV du Code de commerce, que si ces pratiques ont déjà fait l'objet d'un constat d'infraction avant la commission des nouvelles pratiques, quelle que soit la suite à laquelle ce constat donne lieu (injonction, amende, publication...).

Le constat peut procéder d'une décision du Conseil ou d'un arrêt de la cour d'appel de Paris réformant une telle décision dans le cadre de son contrôle de plein contentieux sur le fondement des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité. Il peut aussi résulter d'une décision de la Commission européenne, voire de toute autre autorité nationale de concurrence compétente.

Le constat d'infraction doit, en deuxième lieu, être fait au titre de comportements identiques ou similaires par leur objet (critère renvoyant pour l'essentiel à la base légale utilisée pour qualifier les pratiques) ou par leur effet (critère qui renvoie davantage à la finalité du comportement poursuivi, comme par exemple, des pratiques d'ententes ou des comportements unilatéraux poursuivant le même effet d'éviction à l'égard de concurrents sur un marché, sans pour autant relever du même régime de prohibition), à ceux ayant fait l'objet du précédent constat d'infraction.

Le constat d'infraction doit, en troisième lieu, être devenu définitif à la date à laquelle le Conseil ou l'Autorité statuent sur les nouvelles pratiques.

Il faut enfin, en quatrième et dernier lieu, que soit pris en compte le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et la commission des nouvelles pratiques pour apporter une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence.

### *Caractéristiques de nature à aggraver la sanction*

Dans la décision **09-D-05** du 2 février 2009, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, le Conseil a souligné que contrarier les politiques publiques est grave et que perturber les effets incitatifs des politiques

de l'emploi peut conduire, au-delà de l'impact direct sur le marché du travail, à un impact budgétaire négatif. Il a précisé que toute pratique de nature à minorer les effets de baisses de charges et à accroître le coût du travail pour les entreprises utilisatrices est contre-productive dans un contexte de lutte contre le chômage et de priorité accordée à la croissance économique.

Dans la décision **09-D-06**, le Conseil a pris en considération le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, de l'utiliser pour fausser la concurrence par les mérites sur un marché connexe. L'Autorité de la concurrence a aussi rappelé que la concurrence suppose un certain degré de rivalité et de compétition entre les acteurs d'un marché et que, néanmoins, cette lutte n'autorise pas tous les comportements, surtout de la part d'une entreprise qui, détenant une position dominante sur un marché, encourt une responsabilité particulière (**09-D-24**).

Dans la décision **09-D-17**, le Conseil a estimé que la pratique de répartition des marchés était d'autant plus grave qu'elle émanait d'une autorité à laquelle avait été confiée une mission de service public.

Par ailleurs, dans la décision **09-D-19** du 10 juin 2009 relative à des pratiques concernant le déménagement de personnels militaires relevant du CTAC de l'armée de terre de Nancy, l'Autorité a observé que des faits similaires de pratiques de devis de complaisance avaient déjà été sanctionnés dans ce secteur, que certaines décisions avaient été assorties d'une mesure de publication dans des quotidiens nationaux ou professionnels et qu'ainsi, les sociétés mises en cause ne pouvaient ignorer le caractère prohibé et la gravité de telles pratiques.

Dans la décision **09-D-06**, a été prise en compte la circonstance que la pratique d'entente anticoncurrentielle ainsi que les premier et deuxième abus de position dominante avaient duré plus de six ans.

Dans la décision **09-D-39**, l'Autorité a souligné que « les curistes constituent globalement une clientèle relativement vulnérable car il s'agit en majorité d'une population âgée, et surtout captive. Les curistes sont en effet dépendants d'un besoin médical que seuls les exploitants thermaux conventionnés peuvent satisfaire. La cure thermique représente souvent l'ultime recours pour des patients après un traitement médicamenteux qui ne les satisfait pas ou plus ».

### *Caractéristiques de nature à justifier une sanction allégée ou nulle*

Dans une décision **09-D-07**, le Conseil a tenu compte du fait que les conseils départementaux, s'inscrivant dans l'organisation pyramidale de l'ordre des chirurgiens dentistes, n'avaient fait que suivre les instructions du Conseil national, dont ils ont renforcé l'effectivité.

Dans une autre affaire (**09-D-31**), l'Autorité de la concurrence a pris en considération le fait que la Fédération française de football (FFF) avait été, au moins pour une part, victime de la situation de non-concurrence qu'elle avait contribué à créer. Elle a ajouté que l'entente anticoncurrentielle, qui avait été pour elle la voie de la facilité immédiate, ne lui avait finalement pas profité. Elle a noté toutefois que son inaction avait permis à des pratiques anticoncurrentielles de perdurer et n'avait pas encouragé de nouveaux opérateurs à entrer sur le marché.

## Éléments susceptibles de moduler les sanctions

### *Détermination du chiffre d'affaires et autres indicateurs à prendre en compte*

Les chiffres servant d'indicateurs au Conseil puis à l'Autorité de la concurrence sont généralement le chiffre d'affaires et le résultat de l'entreprise concernée. L'Autorité prend également en compte le fait qu'une société est adossée à un groupe plus important (09-D-05 ; 09-D-25). L'analyse du Conseil puis de l'Autorité s'attache également à apprécier quel est le montant de l'activité de l'entreprise influencée par les pratiques en cause. Dans ce cadre, la prise en compte de la valeur des ventes des produits concernés par la pratique est un indicateur utile, que le Conseil intègre, en pratique, dans la détermination de la sanction.

Toutefois, l'Autorité de la concurrence a rappelé que « l'article L. 464-2 du Code de commerce ne prévoit pas que le chiffre d'affaires des entreprises constitue l'assiette exclusive des sanctions qu'elle peut infliger. Il ne fait référence au chiffre d'affaires que pour déterminer le montant maximum de la sanction qui peut être prononcée. Sous réserve de ce plafond légal, il est seulement indiqué que la sanction doit être proportionnée à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées. Pour établir le montant d'une sanction, le Conseil de la concurrence tient, par conséquent, compte de nombreux paramètres qui ne se résument pas au chiffre d'affaires. Au titre de l'appréciation de la situation d'une entreprise susceptible d'être sanctionnée, il doit naturellement prendre en compte sa capacité financière, susceptible d'être substantiellement renforcée par son appartenance à un groupe, mais cette capacité peut être parfois assez largement indépendante du chiffre d'affaires, même si dans d'autres cas elle y est étroitement liée » (09-D-05 ; 09-D-31). Pour s'assurer de la proportionnalité de la sanction, le Conseil puis l'Autorité ont donc, à deux reprises, pris en compte la marge brute des entreprises plutôt que leur chiffre d'affaires qui reflétait mieux, compte tenu de leur activité très spécifique, leur faculté contributive (09-D-05 ; 09-D-31).

Mais les difficultés individuelles des entreprises sont prises en compte, en première approche, par l'intermédiaire de leur chiffre d'affaires. En effet, ainsi que la cour d'appel de Paris l'a rappelé dans un arrêt Bouygues du 14 janvier 2003, « le chiffre d'affaires [...] permet, non seulement de déterminer le plafond légal de la sanction, mais aussi de fixer concrètement celle-ci en fonction de la dimension et de la situation de l'entreprise concernée ». L'évolution des comptes sur plusieurs exercices permet au Conseil de moduler et d'affiner la sanction en fonction de la santé réelle de l'entreprise. L'Autorité de la concurrence a rappelé sa pratique décisionnelle au terme de laquelle le montant de la sanction peut être réduit pour tenir compte de résultats déficitaires de l'entreprise. Elle a précisé que dans ce cas, elle se référait à l'évolution des comptes sur plusieurs exercices, qui est de nature à donner une image fidèle de la situation de l'entreprise (09-D-19). Mais le manque de rentabilité comme la baisse d'activité, lorsqu'ils sont des phénomènes trop récents, ne sont pas pris en compte au niveau de la sanction (09-D-19).

### Clémence et non-contestation des griefs

#### *Clémence*

Aucune décision ayant donné lieu à la mise en œuvre d'une procédure de clémence n'a été rendue en 2009.

#### *Non-contestation des griefs*

Le III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, tel que modifié par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, n'exige plus, comme condition de recevabilité de la procédure, la présentation, par l'entreprise, d'engagements qui seront toutefois un élément à prendre en compte pour déterminer le taux de réfaction de la sanction encourue. En 2009, le Conseil, puis l'Autorité de la concurrence ont prononcé six décisions mettant en œuvre la procédure de non-contestation des griefs (**09-D-03**; **09-D-05**; **09-D-06**; **09-D-19**; **09-D-24**; **09-D-31**). Ils ont accordé des réfections variant de 12 à 26 % en fonction de la qualité des engagements proposés. Ainsi, pour accorder une réduction de 26 % de la sanction, le Conseil de la concurrence, dans sa décision **09-D-05** du 2 février 2009, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire a souligné que : « *les engagements [...] sont de réelle envergure, substantiels, crédibles et vérifiables* ». Il s'agissait en effet d'engagements qui, au-delà de l'élaboration d'un programme de sensibilisation et de formation professionnelle et de la mise en place d'un système d'alerte professionnelle interne, visaient à améliorer le fonctionnement concurrentiel du marché. Le Conseil puis l'Autorité ont exprimé à plusieurs reprises la nécessité, pour les engagements, d'être substantiels, crédibles et vérifiables (**09-D-06**; **09-D-24**). En revanche, la réfaction est d'un taux plus faible lorsque les entreprises ont donné au Conseil puis à l'Autorité peu de moyens pour vérifier la mise en œuvre de leurs engagements. Ainsi, le Conseil, après avoir relevé que les Transports Catalans présentaient des engagements peu vérifiables, a accordé à cette société une réfaction de 12 % (**09-D-03**).

### Publication des décisions

La publication des décisions de l'Autorité constitue une sanction à l'égard des entreprises, mais surtout, participe à la mission de prévention attribuée à celle-ci, chargée d'assurer la défense de l'ordre public économique. En effet, la publicité donnée à une décision de sanctions permet d'alerter autant les acteurs du marché que les consommateurs et les collectivités publiques sur le caractère anti-concurrentiel de certaines pratiques et les invite à exercer leur vigilance. C'est la raison pour laquelle l'Autorité a enjoint que ces publications soient faites dans des organes de presse susceptibles de toucher le maximum de personnes concernées par les pratiques.

L'Autorité, à la suite du Conseil, a été amenée à constater certaines irrégularités dans l'exécution de ses injonctions de publication. C'est pourquoi elle a introduit, dans sa pratique décisionnelle, des directives sur le format à respecter dans

le cadre de ces publications (taille et couleur des caractères, etc.). Il est également précisé, de manière systématique, que les résumés des décisions de l'Autorité, que cette dernière insère elle-même dans ses décisions et qui doivent faire l'objet d'une publication peuvent, le cas échéant, être suivis de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris. Les entreprises se voyant imposer une injonction par l'Autorité doivent enfin transmettre à son bureau de la procédure, une copie de ces publications, dès leur parution, afin de permettre le contrôle de l'exécution des injonctions.

### *Injonctions de publication*

En 2009, le Conseil et l'Autorité ont prononcé des injonctions de publication à sept reprises.

Dans la décision **09-D-05**, les sociétés Manpower France Holding, Manpower France, Adecco France, Adia et Vedioorbis, sanctionnées pour s'être entendues afin de limiter la compétition entre elles vis-à-vis de leurs clients importants, se sont vues enjoindre, afin d'attirer la vigilance des clients des entreprises de travail temporaire, de publier dans la revue *L'Expansion*, à leurs frais mais au prorata des sanctions prononcées, un résumé de cette décision.

Le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et cinq conseils départementaux à l'encontre desquels avaient été retenus des griefs d'entente dans la décision **09-D-07** relative à une saisine de la société Santéclair à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé, se sont vues enjoindre, afin d'informer les chirurgiens-dentistes du caractère prohibé des pratiques sanctionnées, de faire paraître dans les revues *La Lettre de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes*, *Information dentaire* et *Le Chirurgien-dentiste de France* un résumé de cette décision, dans le délai de trois mois à compter de la notification.

Le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse-Normandie, sanctionné dans la décision **09-D-17**, s'est vu enjoindre de faire publier, dans les trois mois suivant la notification de la décision, un texte résumant ladite décision dans la revue *Le Moniteur des pharmaciens* et dans les éditions du journal *Ouest France* diffusées en Basse-Normandie afin d'informer les pharmaciens et les responsables d'EHPAD du caractère prohibé de la pratique sanctionnée.

L'Autorité de la concurrence a enjoint à vingt sociétés de déménagement de faire procéder à la publication, à leurs frais communs et au prorata des sanctions pécuniaires infligées, d'un texte résumant la décision dans les quotidiens *Le Républicain lorrain*, *L'Est républicain*, *Les Dernières nouvelles d'Alsace*, ainsi que dans le magazine *Armées d'aujourd'hui* afin d'attirer l'attention des utilisateurs de services de déménagement sur les pratiques constatées (**09-D-19**).

Dans une décision **09-D-24**, afin d'informer les consommateurs ultramarins du caractère prohibé des pratiques sanctionnées, l'Autorité a décidé qu'il y avait lieu d'ordonner la publication, aux frais de France Télécom dans les quotidiens *France Antilles*, *Le Quotidien de la Réunion* et *Le Journal de l'île de la Réunion*, du résumé de sa décision.

## Pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence

Afin d'attirer la vigilance des consommateurs, des entreprises et des collectivités locales qui recourent aux services de téléphonie dans la zone Antilles-Guyane, l'Autorité a ordonné aux sociétés Orange Caraïbe et France Télécom de faire publier un résumé de sa décision **09-D-36** dans les éditions des quotidiens *France-Antilles Martinique*, *France-Antilles Guadeloupe* et *France Guyane*.

Dans une décision **09-D-39**, l'Autorité a enjoint au Conseil national des exploitants thermaux (CNETh) d'insérer à ses frais, dans le journal *Le Quotidien du médecin* un texte résumant la décision qui l'a sanctionné pour une entente consistant à facturer aux curistes assurés sociaux un supplément, initialement d'un montant forfaitaire de 10 euros, qualifié de frais de dossier et non remboursable par l'assurance-maladie.

### *Motivation de la publication*

#### *Informer les professionnels du secteur*

Dans les décisions **09-D-05**, **09-D-07**, **09-D-17**, le Conseil puis l'Autorité ont estimé qu'il était nécessaire d'informer l'ensemble des professionnels concernés et d'appeler leur attention sur la nécessité de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles visées.

#### *Informer les consommateurs*

L'Autorité a rappelé que la publication vise également à appeler l'attention des consommateurs sur le caractère prohibé des pratiques (**09-D-19**; **09-D-24**; **09-D-36**).

### **Astreintes**

En 2009, le Conseil et l'Autorité n'ont pas fait application des dispositions leur permettant de prononcer des astreintes.

### **Transmission au ministre de l'Économie**

Aucune application en 2009.

### **Transmission au procureur de la République**

Aucune application en 2009.

### **Transmission à la commission d'examen des pratiques commerciales**

Aucune application en 2009.

## **Les engagements**

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a institué en droit français la procédure dite d'engagements, aux termes de laquelle le Conseil, devenu l'Autorité, peut décider, en contrepartie d'engagements crédibles et vérifiables des

entreprises, de clore la procédure sans statuer sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques et sans prononcer de sanctions pécuniaires (article L. 464-2-I, § 1 du Code de commerce).

L'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 a permis, dans le cadre de la réforme du droit de la concurrence, d'amender cet article en remplaçant l'expression « *pratiques anticoncurrentielles* », par celle de « *préoccupations de concurrence* ». Le nouvel article L. 464-2-I, § 1 du Code de commerce prévoit désormais que : « *L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter les engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence. Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'il a acceptés.* »

Cette disposition est complétée par l'article R. 464-2 du Code de commerce (nouvelle rédaction), qui prévoit que : « *Lorsque l'Autorité de la concurrence envisage de faire application du I de l'article L. 464-2 relatif à l'acceptation d'engagements proposés par les entreprises, le rapporteur fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause. Cette évaluation peut être faite par courrier, par procès-verbal ou, lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, par la présentation d'un rapport oral en séance. Une copie de l'évaluation est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement, sauf lorsqu'elle est présentée oralement lors d'une séance en présence des parties.* »

*Le délai imparti aux entreprises ou organismes pour formaliser leurs engagements à l'issue de l'évaluation préliminaire est fixé, soit par le rapporteur dans le cas où l'évaluation a été faite par courrier ou par procès-verbal, soit par l'Autorité de la concurrence dans le cas où cette évaluation a été présentée oralement en séance. Ce délai ne peut, sauf accord des entreprises ou organismes concernés, être inférieur à un mois.*

*À réception des engagements proposés par les entreprises ou organismes concernés à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Il publie également, par tout moyen, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. Il fixe un délai, qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de communication ou de publication du contenu des engagements, pour la production des observations des parties, du commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, des tiers intéressés. Ces observations sont versées au dossier.*

*Les parties et le commissaire du Gouvernement sont convoqués à la séance par l'envoi d'une lettre du rapporteur général accompagnée de la proposition d'engagements trois semaines au moins avant le jour de la séance. Ils peuvent présenter des observations orales lors de la séance.* »

En application de ces dispositions qui introduisent un système comparable à celui prévu en droit communautaire par les articles 9 et 27, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, le Conseil a progressivement développé sa pratique des engagements.

Le 3 avril 2008, au regard de sa pratique décisionnelle déjà très importante (22 décisions rendues depuis novembre 2004) témoignant du succès grandissant de cette procédure, le Conseil a diffusé, sur son site Internet, un communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence, document repris, moyennant quelques aménagements de fond, dans un communiqué de procédure du 2 mars 2009<sup>55</sup>, par l'Autorité de la concurrence. Ce communiqué est destiné à éclairer les entreprises sur les bénéfices qu'elles peuvent retirer de la mise en œuvre de cette procédure et sur ses conditions d'application.

En 2009, le Conseil puis l'Autorité ont rendu cinq nouvelles décisions d'acceptation d'engagements (**09-D-01**; **09-D-08**; **09-D-11**; **09-D-27**; **09-D32**), confirmant la pratique décisionnelle du Conseil.

### ***Engagements concernant le secteur de l'expertise pour les bateaux de plaisance (09-D-01)***

Le Conseil a été saisi en décembre 2006 par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie de pratiques ayant trait au mode de sélection des experts maritimes recommandés par le CESAM, organisme regroupant des assureurs.

Le CESAM est un GIE au service des assureurs maritimes et transports. Il a pour mission statutaire de proposer aux assureurs et aux assurés une liste d'experts reconnus pour leur qualité technique. Cette liste d'experts recommandés est établie pour la plaisance par une commission technique « Plaisance » constituée de représentants d'assureurs ainsi que des agents et des courtiers (« Conditions et modalités d'inscription sur la liste des experts CESAM, 31 janvier 2003 »). Le règlement intérieur du CESAM du 29 juin 1998 précise que « *les conditions et modalités d'inscription sur les listes d'experts recommandés du CESAM sont arrêtées par le conseil d'administration du groupement* ».

Ainsi, définissant les critères d'inscription des experts plaisance sur les listes annuelles d'experts recommandés, le GIE CESAM est susceptible de mettre en œuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet de limiter le libre exercice de la concurrence auxquelles est applicable l'article L. 420-1 du Code de commerce. Il est de même possible que l'article 420-2 du Code de commerce s'applique au CESAM dans l'hypothèse où le marché de la « labellisation » des experts plaisance recouperait largement le champ de la « recommandation » des experts plaisance par le CESAM.

En l'espèce, s'il est loisible au CESAM de soumettre l'obtention de sa recommandation à des critères objectifs, ceux-ci ne sont en l'occurrence pas écrits, pas connus des experts, ni même toujours appliqués par le CESAM. En particulier, la fiche de renseignements, remplie par les experts candidats, ne leur permet pas de connaître les critères qui leur seront appliqués puisqu'il n'y est, par exemple, pas fait mention d'une durée minimale d'exercice de la profession, ni d'un nombre minimal d'interventions annuelles, ni des langues dont la maîtrise est nécessaire.

55. [www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro\\_engagements\\_antitrust.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_engagements_antitrust.pdf).

De plus, le « *numerus clausus* » appliqué est en lui-même restrictif de concurrence, sans que les raisons avancées pour le justifier paraissent convaincantes.

C'est au regard de ces préoccupations de concurrence que le Conseil a examiné les engagements proposés par le CESAM, relatifs aux critères d'admission sur la liste, aux critères d'exercice de l'activité par ces experts et à la procédure d'admission et de maintien sur la liste. Il les a acceptés après quelques précisions et modifications proposées à l'issue des débats, considérant qu'ils répondaient aux préoccupations de concurrence soulevées dans cette affaire et qu'ils présentaient un caractère crédible et vérifiable.

### ***Engagements concernant le secteur du dépannage-remorquage sur autoroute (09-D-08)***

Par décision du 25 mars 2005, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de pratiques mises en œuvre par les sociétés concessionnaires d'autoroute dans le secteur du dépannage, après que la Commission européenne lui a transmis une plainte émanant de la SARL Rapidépannage 62 qui contestait le refus que lui avait opposé la SANEF, société concessionnaire des autoroutes du Nord et de l'Est de la France, d'exercer son activité de dépannage sur les parkings et les aires de repos de l'autoroute.

Les cahiers des charges des concessions d'autoroutes prévoient que « (1) *a société concessionnaire est tenue d'assurer ou de faire assurer, sous sa responsabilité, sur l'ensemble du domaine concédé, le dépannage des véhicules en panne ou accidentés, dans les conditions prévues par la réglementation et les instructions ministérielles en vigueur* ».

Compte tenu des conditions de circulation sur autoroute, qui conjuguent vitesse élevée et importance du trafic, la réparation ou le remorquage des véhicules accidentés ou en panne sur la voie doivent être effectués rapidement, tant pour assurer la sécurité des personnes que pour maintenir la fluidité du trafic. S'agissant des véhicules accidentés ou en panne sur les aires de service, lorsque la réparation ne se fait pas sur place, il doit être procédé à leur remorquage hors de l'autoroute.

Pour prendre en compte ces impératifs, la direction des routes du ministère de l'équipement a élaboré deux cahiers des charges types particuliers, l'un pour le dépannage des véhicules légers (VL), l'autre pour celui des poids lourds (PL), auxquels doivent se conformer les sociétés concessionnaires. Ces cahiers des charges ont été diffusés au moyen de circulaires adressées par le directeur des routes aux préfets, l'une du 13 juin 1979 pour les véhicules légers (une nouvelle version du cahier des charges a été diffusée en 1996 sans circulaire), l'autre du 12 novembre 1981, puis du 14 juillet 2001 pour les poids lourds.

Ces cahiers des charges imposent des sujétions spécifiques et prévoient notamment : une organisation du dépannage 24 h/24 tous les jours de l'année ; une intervention dans un délai maximal de trente minutes pour les véhicules légers et d'une heure pour les poids lourds ; le traitement des appels et la gestion des appels par

les sociétés ou les forces de l'ordre et enfin la mise en place de tours de service lorsque plusieurs dépanneurs interviennent sur un même secteur.

En contrepartie de ces sujétions, les sociétés de dépannage qui interviennent le cas échéant au profit des concessionnaires disposent d'une exclusivité d'intervention sur autoroute. Elles ne sont autorisées à exercer cette activité qu'après obtention d'un agrément délivré par la société concessionnaire. Les agréments, normalement incessibles et intransmissibles, sont réexaminés chaque année.

En vertu des cahiers des charges, la délivrance de l'agrément s'effectue après avis d'une commission interdépartementale d'agrément (CIA). Présidées par le préfet, ces commissions comprennent des représentants de la société d'autoroute concernée, du ministère de tutelle, des forces de police ou de gendarmerie, de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, des organisations professionnelles de dépanneurs et des associations d'usagers. Les CIA doivent se réunir en séance ordinaire au moins une fois par an. En pratique, elles donnent souvent leur avis sur le renouvellement d'agréments et sur les agréments provisoires attribués directement par la société concessionnaire depuis la précédente réunion.

Les cahiers des charges prévoient enfin les conditions nécessaires à l'obtention des agréments, notamment relatives au délai d'intervention, à la proximité des locaux par rapport au secteur d'autoroute concerné, à la qualité technique des équipements et des installations et à certaines conditions administratives.

L'instruction a mis en évidence que l'octroi et le renouvellement des agréments de service de dépannage-remorquage sur autoroutes concédées s'opéraient sans mise en concurrence suffisante et dans une certaine opacité. Ces éléments ont été communiqués aux sociétés concessionnaires dans le cadre d'une évaluation préliminaire exprimant des préoccupations de concurrence.

En effet, les procédures de mise en concurrence pour attribuer des agréments, sont restées limitées à des cas ponctuels, comme l'ouverture à la circulation d'une nouvelle section ou la « défaillance » d'un dépanneur agréé, due par exemple à la vente de l'entreprise ou au départ en retraite de son exploitant.

Les agréments en cours délivrés ou renouvelés l'ont ainsi été le plus souvent sans publicité préalable à une mise en concurrence et ont fréquemment fait l'objet de reconduction tacite sans que le système de réexamen annuel des agréments avec avis des Commissions interdépartementales d'agrément (CIA), prévu par l'article 2 des cahiers des charges, soit appliqué, ce qui a conduit à maintenir une durée excessive aux droits spéciaux accordés aux entreprises.

En outre, il est apparu que les sociétés concessionnaires pratiquaient couramment une présélection des candidatures avant le passage devant les CIA, ces dernières entérinant dans la plupart des cas les choix favorables préalables des sociétés sans se prononcer sur l'ensemble des candidatures. De même, bien que l'octroi d'agréments provisoires soit prévu dans les cahiers des charges, le recours excessif à ces agréments, ensuite entérinés par les CIA, a contribué à rendre le système peu concurrentiel.

Par ailleurs, l'absence de motivation des rejets des candidatures a alimenté les suspicions de pratiques discriminatoires dans la sélection des dépanneurs agréés.

Enfin, dans certains cas, des conventions conclues par les sociétés concessionnaires ont prévu une condition d'affiliation aux groupements d'assistance routière et de dépannage (GARD) pour obtenir l'agrément. Or, les conditions posées par les GARD en matière d'affiliation ne sont pas toujours objectives et peuvent faire l'objet d'une application discriminatoire. En tout état de cause, l'affiliation obligatoire à une association, qui n'est pas prévue par la réglementation et contribue à entraver l'accès au marché.

La rapporteure a adressé aux sociétés concessionnaires une évaluation préliminaire exposant les préoccupations de concurrence suivantes : la durée de validité excessive des agréments, le caractère limité des procédures de mise en concurrence, l'insuffisance de transparence de ces procédures et la nécessité de supprimer les éventuels accords conclus entre les sociétés concessionnaires et les GARD. Il a été en outre indiqué que les engagements proposés devaient pouvoir s'intégrer dans les cahiers des charges des concessions des autoroutes et être pris en compte lors de la négociation des prochains avenants à ces contrats de concessions.

Le Conseil a estimé que les engagements améliorés et modifiés à l'issue des débats répondaient à ces préoccupations et présentaient un caractère crédible et vérifiable. Il les a donc acceptés et rendus obligatoires.

### ***Engagements concernant le secteur de l'Internet haut débit dans les départements d'outre-mer (09-D-11)***

Par lettre du 15 mai 2008, la société Mediaserv, opérateur de téléphonie dont le siège social se trouve à Pointe-à-Pitre, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de France Télécom qu'elle estimait anticoncurrentielles et demandé le prononcé de mesures conservatoires. Elle dénonçait :

- l'absence de mise en place ou le manque de disponibilité d'outils, d'informations ou de services dédiés aux opérateurs tiers dans les DOM (Atria, Mirabel, Gamot, correspondant de la Divop) ainsi que des dysfonctionnements liés à la présence de condensateurs « 3 pattes » chez certains abonnés ;
- le comportement « dilatoire » de France Télécom, visant à limiter l'accès au marché de Mediaserv par un défaut de qualité de service, principalement en ce qui concerne l'offre de gros, dénommée « ADSL nu », qu'elle propose aux opérateurs tiers.

La partie saisissante soutenait qu'il existait une différence importante entre la qualité des offres de gros de haut débit de France Télécom en métropole, d'une part, et dans les DOM, d'autre part. Elle estimait que cette discrimination handicapait sérieusement sa pénétration du marché du haut débit et constituait un abus de position dominante de la part de France Télécom.

## Pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence

Lors de la séance relative à l'examen de la demande de mesures conservatoires, les préoccupations de concurrence ont été exprimées et France Télécom a proposé des engagements de nature à y mettre un terme.

Au titre des préoccupations de concurrence, le rapporteur et la rapporteure générale avaient relevé :

- que les conditions dans lesquelles l'opérateur historique mettait à la disposition des opérateurs tiers les outils et services nécessaires à la commercialisation d'offres de détail dans les DOM, faisaient peser sur le marché un risque de nature concurrentielle par la dépréciation de l'image commerciale des nouveaux entrants ; qu'en particulier, l'éloignement et le décalage horaire avec la métropole étaient à prendre en compte dans l'organisation du service après-vente des offres de gros ;
- que ces préoccupations devaient être replacées dans un contexte d'ensemble dans lequel l'ARCEP recherchait avec l'ensemble des opérateurs, dans le cadre de groupes multilatéraux, les voies d'amélioration des services après-vente des offres de gros de haut débit.

Dans le cadre des engagements proposés, pour pallier les inconvénients résultant du décalage horaire, France Télécom s'est engagée à pérenniser une cellule spécifique de prise en charge des incidents (cellule Gamot), dédiée aux opérateurs de téléphonie présents dans les Caraïbes (Guadeloupe, Guyane et Martinique) et qui aura pour vocation de traiter les dysfonctionnements qui lui auront été signalés par voie électronique et téléphonique aux heures ouvrables non couvertes à ce jour par la cellule de métropole.

France Télécom s'est également engagée à maintenir un représentant de sa division spécialisée dans les relations avec les opérateurs tiers dans les Caraïbes et à nommer un représentant à la Réunion.

Par ailleurs, France Télécom mettra à la disposition de l'Autorité de la concurrence des indicateurs de nature à lui permettre à vérifier l'adéquation entre la qualité de ses offres de gros haut débit et celle de ses offres de détail dans les DOM.

L'Autorité a considéré que ces engagements, crédibles et dont l'application était vérifiable, étaient susceptibles d'apporter une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence soulevées. Elle les a donc acceptés et rendus obligatoires.

### ***Engagements concernant des pratiques mises en œuvre par la Mutualité de la Réunion et les mutuelles décès qui lui sont affiliées (09-D-27)***

Le Conseil de la concurrence a été saisi en octobre 2007 par trois entreprises de pompes funèbres de la Réunion, les pompes funèbres régionales, les pompes funèbres Panchbahya de la ville du Port et les pompes funèbres Panchbahya de la ville de Saint-Pierre qui dénonçaient des pratiques d'entente et d'abus de position dominante dont étaient responsables la Mutualité générale de santé de la Réunion

(MGCR) et la Coopérative de pompes funèbres Coop'Mut, communément appelée « Coopérative de pompes funèbres mutualistes » ou « PFM ».

Elles reprochaient plus précisément à la MGCR :

- d'abuser de sa position dominante sur le marché des garanties obsèques par l'entretien constant et volontaire d'une confusion entre ses différentes activités et celles de la coopérative Coop'Mut;
- d'abuser de sa position dominante en organisant des dispositifs discriminatoires relatifs aux conditions d'accès aux couvertures décès et aux informations sur les services funéraires, ainsi que la captation de la clientèle au profit de la coopérative Coop'Mut;
- d'opposer aux concurrents directs des services ainsi captés un refus de référencement et de prise en charge des services à travers les garanties dont elle assure la gestion en qualité de mutuelle.

Dans le cadre de l'évaluation des préoccupations de concurrence, le rapporteur a noté qu'il n'existait pas, dans les contrats « obsèques » distribués par le réseau Mutualité de la Réunion (MR), qui est une Union départementale de mutuelles affiliée à la Mutualité française et dont fait partie la MGCR, de stipulation obligeant à recourir aux services d'un quelconque opérateur funéraire.

Toutefois, s'il n'existait pas d'obligation pour les mutuelles membres de la MR de recommander à leurs adhérents de recourir aux services de Coop'Mut, ces dernières étaient incitées à suivre la politique mise en place par la MR en matière de prestations funéraires et à soutenir l'action de Coop'Mut.

L'adhésion entière à cette politique de la MGCR, mutuelle santé la plus importante de la Réunion, le soutien actif de nombreuses mutuelles obsèques, dont neuf sur vingt sont devenues sociétaires de Coop'Mut et représentent plus de 80 % des contrats obsèques signés dans le réseau Muta décès, la promotion des services de Coop'Mut dans les organes de communication de la MR matérialisaient en tout cas ce soutien, reconnu par le président de la MR.

La préconisation des services de la coopérative Coop'Mut par le réseau MR est importante et, si elle n'est pas exclusive de la préconisation ponctuelle d'une autre entreprise, elle a tendance à s'affirmer comme la règle. Il apparaît que compte tenu d'une part du lien fréquent entre le choix d'un assureur et le choix d'un opérateur funéraire, et d'autre part de l'efficacité de la politique mise en place par la MR, un risque existe que la concurrence ne s'exerce pas vraiment entre opérateurs de pompes funèbres pour une bonne partie de la population.

La MR a communiqué au Conseil, pour l'ensemble des mutuelles décès qui lui sont affiliées, des engagements de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence identifiées. Ils mettent à la charge des mutuelles une obligation d'information des clients, tant lors de la négociation d'un contrat qu'à l'occasion de son renouvellement, la modification des statuts, s'agissant notamment de son appellation. Ils prévoient en outre que la Mutualité de la Réunion doit indiquer clairement que le recours à son assurance obsèques laisse la possibilité de choisir tout opérateur de pompes funèbres et enfin qu'elle doit attribuer à chaque

formule commercialisée une appellation commerciale sans lien avec la coopérative dite PFM. Ces engagements ont été acceptés et rendus obligatoire par l'Autorité de la concurrence.

### *Engagements concernant des pratiques mises en œuvre par la société Photomaton (09-D-32)*

La société Cybervitrine a saisi le Conseil de la concurrence en février 2008 de pratiques qualifiées d'abus de position dominante, mises en œuvre par la société Photomaton sur le marché des cabines de photographies d'identité et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires.

La société Photomaton, opérateur de cabines de photographies d'identité, a conclu avec des détenteurs d'espaces des contrats d'exploitation, parfois appelés « contrats de concession d'emplacement ou convention d'occupation », aux termes desquels elle installe et exploite sur un ou plusieurs emplacements une ou plusieurs cabines de photographies d'identité. Responsable de l'utilisation, de l'entretien journalier et de la maintenance de la machine ainsi que de la récupération des recettes, elle reverse au détenteur d'emplacement entre 15 et 50 % des recettes, celui-ci payant l'électricité. Les sociétés de transport telles que la SNCF et la RATP (Promomètre), les chaînes de supermarchés telles que Monoprix, Casino, Leclerc, ATAC... ou encore les administrations constituent la clientèle principale des opérateurs de cabines de photographies d'identité.

Dans une décision 08-D-16 du 3 juillet 2008 rejetant la demande de mesures conservatoire présentée par un concurrent de Photomaton, la société Cybervitrine, le Conseil avait estimé que ces contrats d'exploitation, comportant des clauses d'exclusivité d'une durée de cinq ans, étaient « susceptibles de » constituer des ententes anticoncurrentielles.

Conformément à sa pratique décisionnelle, le Conseil s'était assuré que les clauses d'exclusivité en question n'instauraient pas, en droit ou en pratique, une barrière artificielle à l'entrée sur le marché, en appréciant l'ensemble de leurs éléments constitutifs : le champ d'application de l'exclusivité, sa durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité, et la contrepartie économique obtenue par le client.

Le Conseil a estimé que compte tenu du vaste champ d'application des clauses d'exclusivité, la grande majorité des cabines étant régie par ces contrats aux termes desquels l'emplacement loué est exclusivement dédié à Photomaton (exploitation exclusive) et de leur durée effective pouvant excéder cinq années, compte tenu des clauses de tacite reconduction, l'exclusivité n'était pas nécessaire à la rentabilisation des investissements et n'était pas justifiée.

Pour répondre à ces préoccupations, Photomaton a proposé des engagements selon lesquels :

- elle s'engage à ne plus conclure de contrat où figureraient des clauses d'exclusivité, ce qui signifie concrètement qu'à l'avenir, pourront être implantés sur un même site d'exploitation des équipements appartenant à des sociétés concurrentes ;

- tous les nouveaux contrats auront désormais une durée maximale de trois ans et les clauses de tacite reconduction conduiront à un renouvellement pour des durées maximales d'un an ;
- Photomaton s'engage à ne pas conclure de contrats dans lesquels figurerait une prise d'effets décalée à la date de livraison du matériel. Elle s'engage également à prévoir que chaque contrat ne vaudra que pour le matériel désigné du contrat ;
- Photomaton s'engage à ne pas conclure de contrat où figureraient des mécanismes conduisant indirectement à des exclusivités.

Ces engagements seront mis en œuvre progressivement au fil de l'échéance des contrats actuellement en cours. C'est pourquoi, Photomaton s'engage à ne pas s'opposer à une levée d'exclusivité qui lui serait demandée par l'un de ses cocontractants, moyennant une négociation équilibrée des conditions. Par ailleurs, elle informera ses cocontractants de ses engagements et de leur portée afin de garantir leur effet utile et rapide sur le fonctionnement du marché.

L'Autorité a accepté et rendu obligatoires ces engagements qu'elle considère comme de nature à résoudre les difficultés de concurrence, et qu'elle juge crédibles et vérifiables.

## Contrôle des concentrations

### Notion de concentration

Le champ d'application du contrôle des concentrations est précisé aux articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code du commerce. L'article L. 430-1 définit la notion de concentration. L'article L. 430-2 fixe les seuils de chiffre d'affaires pour lesquels le contrôle national des concentrations est applicable. Il est à noter qu'en 2009, l'Autorité a tenu compte des principes dégagés par la Commission européenne pour la mise en œuvre de la notion de concentration afin de garantir une cohérence entre le contrôle communautaire et le contrôle national.

Une phase de prénotification, facultative, peut être déclenchée à l'initiative des entreprises parties à l'opération qui souhaiteraient consulter le service des concentrations de l'Autorité lorsque des incertitudes pèsent sur la contrôlabilité de l'opération. S'il s'avère, au vu de ces éléments, que l'opération envisagée n'est pas contrôlable, les parties en sont informées par le service des concentrations par lettre de confort. Néanmoins, si la contrôlabilité pose des questions nouvelles, les entreprises seront invitées à notifier leur opération afin que ces questions puissent être tranchées par l'Autorité. Il faut noter qu'un certain nombre d'entreprises souhaitent que l'Autorité rende une décision formelle, et ce même si l'opération n'est pas contrôlable. Ainsi, en 2009, l'Autorité a rendu six décisions d'inapplicabilité du contrôle et envoyé onze lettres de confort.

Ce sont souvent les modalités de gouvernance des entreprises définies par les statuts et d'éventuels pactes d'actionnaires qui permettent d'identifier la nature

du contrôle sur une entreprise. Toutefois, d'autres éléments, telles des relations commerciales, financières ou contractuelles, ajoutés aux prérogatives conférées aux différents actionnaires peuvent établir un contrôle de fait. Le contrôle peut être exercé sur une entreprise de façon exclusive par une seule entreprise ou conjointement par deux entreprises ou plus.

Le secteur du commerce de détail est apparu, du fait de la baisse de seuils de notification, comme un secteur particulièrement propice à l'émergence de questions nouvelles concernant le caractère contrôlant des liens, capitalistiques ou non, entretenus par certains de ses acteurs, notamment dans le cadre du commerce indépendant dit « organisé » (franchises, commerce associé, etc.).

L'ensemble de ces critères est apprécié par l'Autorité selon la technique du faisceau d'indices, même si chacun de ces indices pris isolément ne suffirait pas à lui seul à conférer une influence déterminante.

Les précisions suivantes ont été apportées, au cours de l'année 2009, par les décisions de l'Autorité.

### *Participation minoritaire et contrôle conjoint*

#### Sur la seule base de la gouvernance de l'entreprise

L'Autorité a caractérisé l'existence d'un contrôle de droit dans la décision **09-DCC-91**<sup>56</sup>. Elle a relevé que Coopagri et Terrena, *via* sa filiale C2 Développement, détiendraient respectivement 50-60 % et 40-50 % des droits de vote de la société N.N.A. dont le conseil d'administration serait composé de trois représentants de Coopagri et de trois représentants de Terrena. Les statuts prévoyaient cependant qu'un certain nombre de décisions du conseil d'administration seraient prises à l'unanimité, notamment celles relatives à tout « *investissement stratégique ou supérieur à un million d'euros actualisés* », la voix du président n'étant pas prépondérante en cas de partage des voix. Terrena disposerait donc d'un droit de veto sur les investissements importants. De plus, la société serait dirigée par deux directeurs généraux, personnes morales, l'un représentant Coopagri Bretagne et l'autre Terrena. Les statuts précisait que « *les directeurs généraux sont chargés, sous le contrôle du Conseil d'administration, de se répartir entre eux les tâches de gouvernance* ». Chaque directeur général, personne morale, désignerait un représentant permanent, personne physique, qui serait membre du conseil d'administration. Ils nommeraient conjointement un directeur général délégué en charge de la gestion opérationnelle et du pilotage de la société. Au vu des éléments qui précèdent, l'Autorité a conclu que Coopagri et Terrena exerceraient conjointement le contrôle de la société N.N.A.

56. Décision 09-DCC-91 du 24 décembre 2009 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Nutrea, Peigne, UCA, Couvoirs de Cléden et Univol par les groupes Coopagri Bretagne et Terrena.

## Sur la base d'éléments de droit et de fait

Dans la décision **09-DCC-17**<sup>57</sup>, l'Autorité a relevé différentes circonstances de droit et de fait permettant de déterminer que, bien que Brit Air, filiale du groupe AFKLM, détienne une participation minoritaire dans le capital de Financière LMP SAS, filiale du groupe Airlinair, elle disposait d'une influence déterminante sur cette dernière.

En effet, l'Autorité a relevé qu'au titre des droits conférés aux actionnaires, Brit Air disposait d'un droit de veto au sein du conseil de surveillance de Financière LMP pour tout investissement supérieur à 2 millions d'euros, Brit Air pouvant donc ainsi s'opposer à tout nouvel achat d'avion. Ce droit excédait les droits normalement consentis aux actionnaires minoritaires pour protéger leurs intérêts financiers et permettait à Brit Air d'orienter la stratégie de renouvellement, voire de croissance, de la flotte du groupe Airlinair.

Ensuite, Brit Air disposait d'un droit de préemption en cas de retrait ou de décès de M. Lionel Guérin, actionnaire unique de Financière Linair. Il est à noter que ce droit de préemption était réciproque, Financière Linair disposant d'un droit similaire en cas de cession, par Brit Air, de sa participation.

De plus, M. G. était, depuis 2007, président-directeur général de la société Transavia, filiale du groupe AFKLM. Dans le cadre de l'exercice de ses fonctions de dirigeant de Transavia, M. Guérin était donc soumis à l'autorité du groupe AFKLM.

Au titre des circonstances de fait, l'Autorité a relevé que le groupe AFKLM était le principal client du groupe Airlinair, le groupe AFKLM représentant aujourd'hui 58 % du chiffre d'affaires du groupe Airlinair contre 46 % en 2006. Une rupture des relations commerciales avec Brit Air, même partielle, mettait directement en péril Financière Linair, ce qui caractérisait la dépendance de cette dernière vis-à-vis d'AFKLM.

Ensuite, l'opération notifiée visait à améliorer la situation financière du groupe Airlinair, la montée de Brit Air au capital étant en outre accompagnée d'un prêt octroyé par le groupe AFKLM. Bien que ce crédit ne représente qu'un faible montant par rapport au chiffre d'affaires réalisé par le groupe Airlinair, il avait été présenté par les parties elles-mêmes comme étant indispensable pour assainir le bilan de l'entreprise.

Enfin, l'Autorité a noté que le resserrement des liens entre le groupe Airlinair et AFKLM semblait s'inscrire pour ce dernier dans une véritable logique industrielle.

L'Autorité en a conclu que les deux actionnaires de Financière LMP ayant le pouvoir de rejeter les décisions stratégiques proposées, le contrôle était conjoint, et ce bien que les statuts de Financière LMP prévoient qu'en cas de désaccord sur une décision importante, la position du président du conseil de surveillance, dont la nomination était contrôlée par M. G., prévalait. En effet, compte tenu des éléments de droit et de fait, la portée de cette voix prépondérante était peu

57. Décision 09-DCC-17 du 7 juillet 2009 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Financière LMP SAS par les sociétés Financière Linair SAS et Brit Air SA.

significative compte tenu de ce que les actionnaires devaient par ailleurs nécessairement s'entendre sur la politique commerciale de l'entreprise commune et étaient appelés à collaborer.

À l'inverse, l'Autorité a estimé, dans le cadre de l'examen de la fusion des groupes Banque Populaire/Caisse d'Épargne (09-DCC-16)<sup>58</sup> que l'État n'exercerait pas d'influence déterminante sur le nouveau groupe, sur la base d'un ensemble d'éléments de droit et de fait. En particulier, s'agissant des éléments qui pourraient conférer à l'État un contrôle de fait, l'Autorité a tenu compte du fait que l'apport en fonds propres de l'État, d'un montant de 5 Mds d'euros, était destiné à être remboursé rapidement et qu'il suffisait que la moitié des actions de préférence soient remboursées, soit environ 1,5 Mds d'euros, pour que l'État perde son droit d'être représenté par deux membres au conseil de surveillance. En tout état de cause, l'Autorité a noté que l'État avait le pouvoir de proposer deux membres indépendants mais non de les révoquer et qu'il ne disposait donc pas du pouvoir de bloquer les décisions devant être prises à la majorité qualifiée.

### La combinaison de participations minoritaires et de contrats de distribution

Dans le secteur du commerce indépendant « organisé », l'Autorité a analysé conjointement les effets, d'une part, des contrats conclus entre la tête de réseau et les magasins indépendants et d'autre part, des participations minoritaires prises par cette tête de réseau dans les sociétés propriétaires des magasins. Elle a considéré qu'une tête de réseau peut disposer d'une influence déterminante sur un magasin dit indépendant si sa participation minoritaire au capital de ce dernier lui permet de bloquer un éventuel changement d'enseigne sur une longue durée (*i. e.* la migration de l'entreprise contrôlée vers un autre réseau de distribution).

Par exemple, si les statuts du franchisé précisent l'enseigne sous laquelle celui-ci doit mener son activité et ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord de l'actionnaire minoritaire, ils permettent à la tête du réseau de distribution d'empêcher l'adhérent de sortir du réseau. L'Autorité considère dans ce cas que cette participation minoritaire, jointe au contrat de distribution, confère à la tête de réseau une influence déterminante.

Ainsi, dans sa décision 09-DCC-06 du 20 mai 2009, l'Autorité de la concurrence observe que la détention, par la société ITM Entreprises<sup>59</sup>, *via* sa filiale ITM Est F, de plus du tiers du capital de la société Evolis ainsi que d'un droit de préemption en cas de cession du solde de son capital, permet à ITM Entreprise d'exercer une influence déterminante sur Evolis. Au cas d'espèce, l'Autorité souligne en effet que toute modification des dispositions statutaires requérant de l'assemblée des actionnaires une majorité des deux tiers et dans la mesure où les statuts d'Evolis prévoient explicitement que celle-ci exerce son activité sous l'enseigne Intermarché, ITM Entreprise dispose d'un droit de veto en cas de changement d'enseigne. Par conséquent, il a été retenu qu'ITM Entreprise, avant l'opération, détenait un contrôle conjoint sur Evolis.

58. Décision 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire.

59. Cf. également, la décision 09-DCC-64 du 17 novembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Mikery SAS par la société ITM Alimentaire Est (groupe ITM Entreprises).

Il en est de même lorsque des stipulations des statuts fixent une durée très longue pendant laquelle l'adhérent ne peut sortir du réseau. De telles dispositions peuvent être la contrepartie de participations égales à une simple minorité de blocage (34 % dans une SA, 26 % dans une SARL), voire même de la détention d'une seule action de préférence.

L'Autorité de la concurrence retient ainsi, dans sa décision **09-DCC-76** relative à la prise de contrôle de la société Calfo par ITM Entreprise, l'existence, antérieurement à l'opération notifiée, d'un contrôle conjoint. L'Autorité note ici que, bien que ITM Entreprise ne possède que 5 % du capital de la Calfo en nue-propiété et une action de préférence, les statuts de la société cible confèrent à l'acquéreur, pendant une durée de vingt-cinq ans, la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne, de s'opposer à toute mutation d'actions et d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fonds de commerce dès l'instant où ils exploiteraient un fonds de commerce similaire sous une enseigne concurrente. ITM Entreprise dispose ainsi de la possibilité d'exercer une influence déterminante sur Calfo. Une analyse identique est effectuée par l'Autorité dans le cadre de l'opération de prise de contrôle de la société Juju par la société Nocram (*cf.* décision **09-DCC-85**), la structure capitalistique de la cible étant similaire à celle de Calfo, le contrôle conjoint intervenant cependant dans ce cas postérieurement à l'opération.

La caractérisation d'une influence déterminante d'un franchiseur sur son franchisé peut également intervenir à l'occasion d'un changement d'enseigne, tel que ce fut le cas dans le cadre de l'opération de prise de contrôle conjoint de la société Vicre (antérieurement exploitée sous l'enseigne Intermarché) par la société Distribution Casino France et M. Éric L. (**09-DCC-80**). Dans cette affaire, la société Distribution Casino France disposant pendant sept ans d'un droit de veto sur toute modification des statuts de la société Vicre, statuts qui précisent que cette dernière a pour objet l'exploitation de magasins sous enseigne Casino, l'Autorité considère que l'opération confère à Distribution Casino France un contrôle sur la société Vicre, exercé conjointement avec M. L. À l'image des décisions précédemment citées, la possibilité d'exercer une influence déterminante repose ici encore sur le pouvoir détenu par le franchiseur (*i. e.* Casino) de bloquer un changement d'enseigne de son franchisé, pendant une longue durée.

Enfin, il convient de souligner que l'existence d'une influence déterminante dans le cadre de contrats de distribution avec participation dans le capital du distributeur, n'est pas le seul fait de la grande distribution à dominante alimentaire. En effet, à l'occasion de la prise de contrôle exclusif de la société Cinq sur Cinq par la société SFR (**09-DCC-35**), l'Autorité a considéré que cette dernière exerçait sur la cible, avant l'opération, un contrôle conjoint avec la famille Violas. Au cas d'espèce, SFR disposait d'un droit de veto sur les décisions portant sur le nombre de points de vente du réseau Cinq sur Cinq et sur les dépenses prévues pour les actions promotionnelles. Par ailleurs, l'opérateur était en mesure de bloquer toute convention permettant à la cible de distribuer des services d'opérateurs mobiles différents (tels qu'Orange ou Bouygues).

### *Fusion de fait – Restructuration interne*

Il y a fusion de fait lorsque la combinaison des activités d'entreprises antérieurement indépendantes aboutit à la création d'un seul et même ensemble économique. C'est notamment le cas lorsque deux ou plusieurs entreprises, tout en conservant leur personnalité juridique propre, établissent, sur une base contractuelle une gestion économique unique et durable.

Pour le déterminer, l'Autorité prend en considération toutes les circonstances de droit permettant de qualifier l'opération. Ainsi, dans sa décision **09-DCC-15**<sup>60</sup>, l'Autorité a analysé le partenariat entre les parties, les institutions AG2R Prévoyance et Prémalliance Prévoyance, formalisé par un protocole d'accord. Elle a relevé que AG2R et Prémalliance avaient tissé des liens étroits. Ainsi, en premier lieu, les parties avaient créé des directions communes s'agissant des activités techniques, d'achat, comptables, de contrôle de gestion et de systèmes d'information et d'organisation. En deuxième lieu, les bureaux des associations sommitales de deux groupes se réunissaient annuellement, leurs travaux communs étant par la suite exposés à leurs conseils d'administration respectifs. En troisième lieu, l'organisation commerciale relevait d'une direction nationale commune aux deux groupes, les activités commerciales étaient pilotées par des directions régionales communes et les dirigeants étaient communs. Enfin, le groupe Prémalliance était entré dans le périmètre de combinaison d'AG2R prévoyance.

Par conséquent, l'Autorité en a conclu que les deux groupes avaient opéré une fusion de fait, à la suite de la signature du protocole de partenariat précité. À ce titre, les deux groupes appartenaient d'ores et déjà à une même entité économique autonome au sens du droit des concentrations et par conséquent, le projet d'entreprise commune ultérieurement constitué et notifié devait être considéré comme une restructuration interne et non comme une concentration au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce.

De même, dans sa décision **09-DCC-44**<sup>61</sup>, l'Autorité a considéré que le transfert du portefeuille de contrats de réassurance de l'Union Nationale de Réassurance de la Mutualité Française à la société MutRé SA, constituait une restructuration interne non soumise aux dispositions des articles L. 430-3 du Code de commerce, l'Union Nationale de Réassurance de la Mutualité Française et la société MutRé SA agissant de fait comme un même ensemble économique. En effet, en l'espèce, la présence commerciale des deux entités était systématiquement unitaire, la prospection, les relations clients, les présentations et interventions publiques lors des événements du secteur étant assurées indistinctement par le « pôle MutRé ». En outre, les deux entités avaient une politique de souscription homogène et leur offre était présentée au marché comme une offre unique « MutRé ».

60. Décision 09-DCC-15 du 30 juin 2009 relative à la création d'une entreprise commune entre les groupes AG2R et Prémalliance.

61. Décision 09-DCC-44 du 10 septembre 2009 relative au projet de transfert du portefeuille de contrats de réassurance de l'Union nationale de Réassurance de la Mutualité française à la société MutRé SA.

De plus, les deux entités juridiques s'appuyaient sur la même organisation (même directeur général et personnel commun) et il existait une charte commune des règles de fonctionnement du comité d'audit de MutRé SA et de la commission de contrôle et d'audit de MutRé Union.

### *Contrôle sur une base purement contractuelle*

Dans des cas très particuliers, des relations contractuelles peuvent être susceptibles de conférer une influence déterminante sur une entreprise sans qu'il y ait prise de participation au capital de celle-ci. La possibilité d'un tel contrôle peut notamment se présenter dans le cadre de conventions de location-gérance, par lesquelles l'acquéreur obtient le contrôle de la gestion et des ressources des actifs concernés, en dépit du fait que les droits de propriété ou les actions ne sont pas transférés.

À l'occasion de la prise en location-gérance par la société Distribution Casino France d'un hypermarché détenu par la société Doremi, l'Autorité a ainsi retenu que l'opération pouvait être considérée comme conduisant à une concentration au sens de l'article L. 430-1-I du Code de commerce (**09-DCC-46**). En l'espèce, il est précisé que le contrat de location-gérance, conclu pour cinq ans et tacitement renouvelable, est d'une durée suffisamment longue pour induire une modification structurelle des marchés de la distribution alimentaire.

En revanche, dans sa lettre **09-DCC-23**, relative au changement d'enseigne de points de vente sous enseigne Veti vers l'enseigne Kiabi, l'Autorité n'a pas retenu l'existence d'un contrôle exercé par Kiabi *via* ses relations contractuelles avec les sociétés d'exploitation concernées par l'opération. En effet, l'Autorité relève dans sa décision que lesdites sociétés d'exploitation restent, en dépit de leur rattachement au réseau Kiabi, libres de définir leur stratégie commerciale et, notamment, de fixer leurs tarifs. De plus, Kiabi ne prenait pas de participations dans ces sociétés susceptibles de lui conférer des droits de veto particuliers. Par ailleurs, il est précisé que les sociétés d'exploitation assument les risques financiers et commerciaux liés à leur activité.

### *Les opérations transitoires*

Afin de juger si une opération transitoire constitue une modification durable du contrôle, l'Autorité de la concurrence s'inspire des conditions retenues par la Commission européenne dans sa communication consolidée<sup>62</sup>. D'une part, le caractère transitoire de l'opération doit être convenu entre les acquéreurs de manière juridiquement contraignante et, d'autre part, il ne doit pas exister de doute quant à la célérité de la deuxième étape.

Selon ces dispositions, l'Autorité de la concurrence a considéré dans son analyse de l'opération Mayoline SAS/ITM Alimentaire Est/ITM Entreprises (**09-DCC-73**),

<sup>62</sup>. Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, publiée dans le *JOUE* du 16 avril 2008, rectifiée le 21 février 2009.

que l'acquisition des actions de la société cible par ITM Alimentaire Est, d'une part, et leur rétrocession immédiate à M. et M<sup>me</sup> A., d'autre part, constituaient une opération de concentration unique.

*A contrario*, dans la décision **09-DCC-04**, l'Autorité a considéré qu'Amidis, filiale du groupe Carrefour, prenait le contrôle exclusif de la société d'exploitation Noukat, bien qu'elle ait relevé que les parties avaient déclaré leur intention de rétrocéder 50 % des titres acquis à un nouvel exploitant franchisé dans un délai de douze mois.

### *Opérations interdépendantes*

Des opérations multiples constituent une seule et même opération de concentration dès lors qu'elles sont interdépendantes, au sens où une opération n'aurait pas été effectuée sans l'autre. En revanche, dès lors que les opérations ne sont pas interdépendantes, c'est-à-dire que les parties mèneraient à son terme l'une des opérations même en cas d'échec de toutes les autres, les différentes opérations doivent être considérées comme autant d'opérations de concentration distinctes.

Ainsi, dans la décision **09-DCC-41**<sup>63</sup>, l'Autorité a considéré que les opérations consistant en la création de deux entreprises communes de plein exercice par UGC Images et TF1 International pouvaient être qualifiées d'interdépendantes et pouvaient par conséquent être considérées comme constituant une opération de concentration unique pour deux raisons. En premier lieu, elles faisaient l'objet d'un protocole unique, qui liait entre elles toutes les actions nécessaires (création des entreprises communes, prises de participation réciproques, etc.) à la création des deux entreprises communes, de sorte que si l'une d'elles n'était pas réalisée par l'une des parties, l'autre partie pourrait refuser de réaliser les actions qui lui incombait au titre de la création de l'autre entreprise commune. En second lieu, elles procédaient d'un même objectif économique consistant à faire face à une baisse de rentabilité des films de cinéma et à une détérioration des marchés internationaux des droits audiovisuels.

Dans la décision **09-DCC-94**, l'Autorité a considéré que l'acquisition par Rubis de stations-service et de titres dans la société DPLC gestionnaire de dépôts pétroliers auprès, d'une part, de Shell et, d'autre part, du groupe Total, était une concentration unique. En effet, les deux opérations étaient liées juridiquement, la cession entre Shell et Rubis ne pouvant être réalisée que si Rubis faisait « *l'acquisition effective [...] d'au moins 25 % des titres de DPLC et au moins 30 stations-service en Corse* », condition ne pouvant être remplie que si la cession des actifs du groupe Total était aussi réalisée. De plus, ces deux acquisitions concomitantes poursuivaient le même objectif économique, à savoir la possibilité pour Rubis, nouvel entrant sur le marché de la distribution de carburants en Corse, de constituer un réseau de stations-service suffisant pour couvrir l'ensemble du territoire de la Corse et participer à la gestion des dépôts pétroliers.

63. Décision 09-DCC-41 du 9 septembre 2009 relative à la création de deux entreprises communes de plein exercice par UGC Images et TF1 International.

## *Entreprises communes – Notion de plein exercice*

Pour que la création d'une structure commune entre plusieurs entreprises puisse être qualifiée de concentration, il faut, en vertu de l'article L. 430-1, qu'il s'agisse « d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome ».

Faisant application de ces critères, l'Autorité a considéré, dans sa décision **09-DCC-37**<sup>64</sup>, que l'entreprise commune dénommée Eurosorgho créée par les parties pouvait être qualifiée d'entreprise commune de plein exercice aux motifs que lui étaient transférées les activités de recherche et développement, de production et de commercialisation de semences de sorgho, que le capital et les droits de vote d'Eurosorgho étaient détenus à 50 % par ses deux sociétés mères qui seraient représentées paritairement au sein du conseil d'administration et que l'entreprise commune serait dotée de moyens techniques, financiers et humains lui permettant de fonctionner sur le marché de manière autonome et durable.

De même, dans la décision **09-DCC-41**<sup>65</sup>, l'Autorité a considéré que les deux entreprises communes créées par UGC Images et TF1 International avaient vocation à accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome. Ainsi, celles-ci étaient créées pour une durée indéterminée et disposeraient chacune d'un capital de 99 000 euros, soit un capital supérieur à celui requis pour obtenir une autorisation d'exercice de distributeur de films de la part du Centre national de la cinématographie. Les projets de plans d'affaires pour 2010-2014 annexés au protocole montraient que leurs activités respectives devaient leur permettre de dégager des bénéfices dès la première année. De plus, ces entreprises communes avaient en leur possession les moyens matériels, juridiques (contrats, noms commerciaux, autorisations, etc.) et humains (une vingtaine d'employés chacune) dont bénéficiaient les activités de distribution en salles en France préalablement exercées par UGC Distribution et les activités de négoce de droits d'exploitation à l'étranger ou sous forme de VoD préalablement exercées par UGC-I et TF1-I. Par ailleurs, elles étaient des opérateurs de marché autonomes, qui entretiendraient des relations avec leurs fournisseurs et leurs clients aux conditions de marché. Notamment, d'après les parties, elles étaient appelées, dès leur création, à s'approvisionner en droits d'exploitation audiovisuels auprès de leurs sociétés mères mais aussi de tiers, pour des proportions significatives. L'Autorité a considéré que le fait que les entreprises communes bénéficient, pendant une durée de trois ans, d'un accord de cofinancement par les sociétés mères destiné à permettre le lancement de leur activité, ne remettait pas en cause la qualification de l'autonomie économique des entreprises communes.

64. Décision 09-DCC-37 du 13 août 2009 relative à la création d'une entreprise commune par les sociétés Euralis Semences et Sud Céréales.

65. Décision 09-DCC-41 du 9 septembre 2009 relative à la création de deux entreprises communes de plein exercice par UGC Images et TF1 International.

### Les seuils de contrôle

En application des dispositions de l'article L. 430-2 du Code de commerce, une opération ne peut être soumise au contrôle prévu par les articles L. 430-3 et suivants du même code que si « *le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ; le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ; l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises* ».

Le chiffre d'affaires habituellement pris en compte est celui du dernier exercice clos. Toutefois, dans sa décision **09-DCC-45**<sup>66</sup>, l'Autorité a précisé les modalités de calcul du chiffre d'affaires, lorsque l'entreprise concernée a été créée au cours de l'exercice précédent. Au cas d'espèce, Texelis avait été créée le 24 décembre 2007 et n'avait une activité économique qu'à compter du 1<sup>er</sup> juin 2008.

Se référant aux paragraphes 169 et 172 de la communication consolidée de la Commission du 10 juillet 2007, qui stipulent qu'il convient de « *se fonder sur les données les plus justes et fiables disponibles* » et, en général, de se référer « *aux comptes qui portent sur l'exercice le plus rapproché de la date de l'opération et qui ont été vérifiés en fonction de la norme applicable à l'entreprise en question et exigée pour l'exercice concerné* », mais que cependant, « [...] *un ajustement doit toujours être effectué pour tenir compte des modifications permanentes de la réalité économique des entreprises concernées, telles que des acquisitions ou des cessions qui n'apparaissent pas ou seulement en partie dans les comptes vérifiés* », l'Autorité a considéré, pour conclure à la contrôlabilité de l'opération, que le chiffre d'affaires de l'exercice 2008, qui s'élevait à 32,4 millions d'euros, correspondait à une activité d'une durée de sept mois et ne rendait pas compte de la réalité économique de l'entreprise et qu'il convenait de prendre en compte une année complète d'activité, soit du 1<sup>er</sup> juin 2008 au 31 mai 2009.

S'agissant d'une opération constituée par la transformation d'un contrôle commun en un contrôle exclusif, l'Autorité, dans la décision **09-DCC-18**<sup>67</sup>, a rappelé les règles d'affectation du chiffre d'affaires des entreprises concernées.

Elle s'est, pour cela, référée au paragraphe 138 de la communication consolidée de la Commission européenne du 10 juillet 2007 – qui rappelle que les entreprises concernées dont le chiffre d'affaires doit être pris en compte sont l'actionnaire acquéreur et l'entreprise commune – ainsi qu'au paragraphe 188 de cette communication qui stipule que « *les règles énoncées à l'article 5, paragraphe 4, doivent aussi être adaptées aux situations impliquant le passage d'un contrôle en commun à un contrôle exclusif, afin d'éviter une double imputation du chiffre d'affaires de l'entreprise commune. Même si l'entreprise acquéreuse a des droits ou des pouvoirs dans l'entreprise*

66. Décision 09-DCC-45 du 28 septembre 2009 relative à l'acquisition de Texelis par le groupe Reel.

67. Décision 09-DCC-18 du 20 juillet 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Cofel par la société Pikolin.

*commune qui remplissent les conditions fixées à l'article 5, paragraphe 4, le chiffre d'affaires de l'actionnaire acquéreur doit être calculé sans tenir compte du chiffre d'affaires de l'entreprise commune et le chiffre d'affaires de l'entreprise commune se calcule sans prendre en compte celui de l'actionnaire acquéreur».*

Faisant application de ces principes, l'Autorité conclut au cas d'espèce, au caractère non contrôlable de l'opération, l'acquéreur réalisant en France, une fois retranché le chiffre d'affaires de la cible, un chiffre d'affaires en France inférieur à 50 millions d'euros.

## Analyse concurrentielle

### *Les effets horizontaux*

#### L'opération LDC Traiteur/Marie<sup>68</sup>

Cette opération relative à une concentration dans le secteur de l'industrie alimentaire et, plus particulièrement, des produits traiteur, a permis à l'Autorité de confirmer l'analyse multicritères retenue par les autorités de concurrence lorsqu'elles analysent les effets d'une concentration présentant des risques d'atteinte à la concurrence par une hausse unilatérale des prix de la nouvelle entité. Comme indiqué dans les lignes directrices de l'Autorité, cette analyse repose sur le poids relatif des parties à la concentration et de ses concurrents, le contre-pouvoir éventuel de la demande et les barrières à l'entrée de nouveaux entrants potentiels.

L'évaluation des parts de marché de l'acquéreur, le groupe LDC, et de la cible, la société Marie, a montré que les deux parties assuraient ensemble une part importante des ventes de produits traiteur exotiques aux GMS, à la fois sur les entrées et les plats, particulièrement en ce qui concerne les marques de distributeurs (ci-après MDD) et les produits vendus à la coupe, c'est-à-dire les produits sans marque. Mais le test de marché avait confirmé que, pour ces produits, aucune marque ne bénéficie d'une attractivité particulière et ne peut être considérée comme notoire, ni, a fortiori, incontournable et que les produits MDD étaient donc, sur ce segment, en concurrence frontale avec les marques des fabricants. De plus, il a été relevé que les grandes et moyennes surfaces (ci-après GMS) disposent d'une puissance d'achat importante sur les marchés de l'approvisionnement en MDD : elles sont moins contraintes par la demande des consommateurs finals que lorsqu'il s'agit de marques notoires ; les contrats sont de courte durée compte tenu des appels d'offres réguliers. Les acheteurs privilégient également la multiplicité et le changement de fournisseurs. S'agissant des barrières à l'entrée, il a été noté que les nouveaux entrants potentiels pourraient être confrontés à un besoin de savoir-faire et à la réglementation sanitaire, mais qu'en tout état de cause ce n'était pas le cas des opérateurs déjà présents sur d'autres segments de produits traiteur, mais absents des segments entrées et plats cuisinés exotiques. Le report des achats des GMS

68. Décision 09-DCC-48 du 22 septembre 2009 relative à l'acquisition par la société LDC Traiteur de la société Marie et notamment § 42 à 50.

vers d'autres fabricants aurait néanmoins pu être limité par l'absence de capacités de production disponibles chez les concurrents de la nouvelle entité, mais la décision relève l'existence de capacités de production disponibles conséquentes.

### L'opération LDC Volailles/Arrivé<sup>69</sup>

Pour cette opération dans le secteur de la volaille, l'Autorité de la concurrence a identifié un risque de renforcement de la puissance d'achat des parties à l'opération sur les marchés de la collecte de volailles sous label dans le Sud-ouest. Un risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux a également été identifié sur les marchés de la viande fraîche de poulet, dinde et pintade sous label à destination des bouchers-charcutiers artisans et de la viande fraîche de poulet et dinde sous label aux GMS. L'opération n'a donc été autorisée que compte tenu des engagements de cession d'actifs proposés par les parties. Sur les autres marchés concernés, les risques d'atteinte à la concurrence ont pu être écartés.

### L'opération de concentration entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire<sup>70</sup>

Les effets horizontaux de la fusion des deux groupes bancaires ont été examinés principalement dans les secteurs de la banque de détail et de la banque commerciale<sup>71</sup>. Il convient de noter que l'Autorité a, pour cette opération, mené une analyse à la fois locale et nationale des marchés de la banque de détail et commerciale.

#### *Une analyse locale des conditions de concurrence*

Pour les marchés de la banque de détail, l'analyse locale a été menée sur des zones de chalandise correspondant à un trajet de 20 minutes en voiture autour des communes dans lesquelles les deux groupes détenaient simultanément chacun au moins une agence. Les parts de marché ont alors été estimées en nombre d'agences. Pour les marchés de la banque commerciale, les parts de marché ont été calculées à partir des données de la Banque de France relatives aux encours de crédits et de dépôts collectés au niveau des départements. L'Autorité a considéré que ce niveau d'analyse était pertinent pour les PME dans la mesure où les réponses au test de marché avaient suggéré la possibilité de mise en concurrence des principaux groupes bancaires au-delà d'une zone de chalandise correspondant à un trajet de 20 minutes en voiture.

69. Décision 09-DCC-67 du 23 novembre 2009 relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles.

70. Décision 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque populaire.

71. La banque de détail regroupe l'ensemble des services bancaires destinés aux consommateurs. Les autorités nationales et communautaires incluent souvent dans cette catégorie les très petites entreprises ainsi que les entrepreneurs individuels, car leurs demandes de services bancaires sont souvent plus proches de celles des consommateurs que de celles des entreprises. La banque commerciale regroupe l'ensemble des services bancaires à destination des entreprises et peut être segmentée selon la taille des entreprises.

### *Une analyse approfondie du rôle de la Banque Postale*

L'examen de cette opération a amené l'Autorité à étudier de manière approfondie les caractéristiques de La Banque Postale en termes de concurrence, LBP étant le groupe bancaire disposant du réseau d'agences bancaires le plus étendu sur le territoire métropolitain et ultramarin. Sa présence locale repose effectivement sur un réseau de plus de 15 500 bureaux de poste. Pour autant, l'ensemble de ces bureaux de postes ne dispose pas de la présence permanente d'un conseiller financier bien qu'un rendez-vous avec un conseiller financier puisse être organisé sans difficulté, compte tenu de la mobilité des conseillers financiers d'un bureau à l'autre. L'Autorité a cependant considéré qu'un bureau de poste ne disposant pas de manière permanente d'un conseiller financier ne pouvait raisonnablement être considéré comme équivalent et substituable à une agence bancaire. En outre, La Banque Postale est peu active sur les marchés de la banque commerciale car elle n'est pas autorisée à offrir des crédits aux PME.

### *Une approche multicritères*

Une première mesure du niveau de concentration a été fournie par l'indice d'Hirschman-Herfindahl, lequel a permis de focaliser l'analyse concurrentielle sur les zones les plus concentrées préalablement à l'opération et sur lesquelles la fusion accentuait cette concentration. Un deuxième critère a alors permis de retenir les zones sur lesquelles la nouvelle entité aurait une part de marché en nombre d'agences supérieur à 30 % et devancerait son plus proche concurrent de plus de 10 points.

Sur la plupart de ces zones, les risques de hausse unilatérale des prix des services bancaires ont pu être écartés, compte tenu de la présence d'au moins une agence de l'un des grands groupes bancaires concurrents. Le nombre d'enseignes présentes sur chacune des zones concernées est alors une mesure de la diversité de l'offre bancaire laquelle permet aux consommateurs de «faire jouer la concurrence» et de contrer une éventuelle hausse des prix des services bancaires. Les risques d'atteinte à la concurrence par hausse unilatérale des prix de la nouvelle entité n'ont cependant pu être écartés sur les différents marchés de la banque de détail à la Réunion, plusieurs zones de chalandise étant caractérisées par un nombre réduit d'agences de groupes concurrents subsistant après l'opération. De même, la nouvelle entité détenait des parts de marché élevées sur plusieurs marchés de la banque commerciale à l'issue de l'opération.

Compte tenu de la crise financière, l'Autorité a estimé qu'un engagement de cession serait difficilement réalisable et a accepté les engagements comportementaux proposés par les parties, visant à maintenir un niveau de concurrence suffisant sur les marchés bancaires à la Réunion.

### La prise de contrôle conjoint de la société Financière LMP SAS par les sociétés Financière Linair SAS et Brit Air SA<sup>72</sup>

L'Autorité a examiné les risques d'atteinte à la concurrence liés à la disparition d'un concurrent potentiel. Brit Air, sous contrôle exclusif de la société Air France KLM, projetait d'accroître sa participation dans le capital de Financière LMP, tête du groupe Airlinair.

L'opération concernait divers marchés de la mise à disposition d'avions et la question de la disparition d'un concurrent potentiel s'est posée lors de l'analyse des effets de l'opération sur le marché des lignes à obligation de service public (ci-après «OSP») avec exclusivité et compensation financière. Sur ce marché, les collectivités locales utilisent les appels d'offres pour sélectionner un opérateur, le cahier des charges pouvant contenir des spécificités techniques (le plus souvent en termes de motorisation) telles que la nécessité de disposer d'un avion turbo-réacteur. Lorsque ce n'est pas le cas, tout opérateur disposant d'un agrément européen peut répondre à l'appel d'offres.

Airlinair dispose seulement de deux types d'avions à turbopropulseurs, les ATR 42 et les ATR 72, pouvant transporter respectivement 48 et 70 passagers. Par conséquent, Airlinair ne peut candidater qu'aux appels d'offres sans spécifications en termes de motorisation et requérant un nombre de passagers inférieur à 70 personnes. De plus, le segment des vols de moins de 20 passagers est occupé par des compagnies spécifiques disposant d'avions de petites capacités. Bien qu'Air France KLM ne soit pas présente sur le segment de marché d'Airlinair, la question se posait de savoir si l'opération pouvait se traduire par la disparition d'Air France KLM en tant que concurrent potentiel et pouvait être de nature à réduire la concurrence exercée sur ce segment, et donc aboutir à l'augmentation des subventions demandées par Airlinair aux collectivités locales. Plusieurs éléments ont conduit l'Autorité à écarter ce risque.

Le premier élément concerne le contre-pouvoir des collectivités locales : elles peuvent renoncer à la délégation d'une ligne, comme cela a été le cas pour 5 liaisons au cours des cinq dernières années. Le deuxième élément repose sur l'analyse de la structure des coûts afférant à l'exploitation des différents types d'avion. Airlinair dispose ainsi d'un avantage vis-à-vis du groupe Air France KLM, de sorte qu'une entrée éventuelle d'Air France KLM sur le segment de marché d'Airlinair apparaissait peu crédible. Enfin, certains opérateurs étrangers sont présents sur le marché des lignes OSP et si cette présence n'est pas homogène sur le territoire, elle montre néanmoins que les barrières linguistiques ou culturelles peuvent être surmontées. Les compagnies étrangères pourraient alors exercer une pression concurrentielle si ce segment devenait attractif.

72. Décision 09-DCC-17 du 7 juillet 2009 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Financière LMP SAS par les sociétés Financières Linair SAS et Brit Air SA.

## Concentrations dans le secteur des coopératives agricoles

Lors de l'examen de plusieurs opérations de concentration<sup>73</sup> concernant des coopératives céréalières, l'Autorité a indiqué que les relations entre la coopérative et ses adhérents ne pouvaient être envisagées au sens traditionnel d'une relation entre un client et son fournisseur de sorte que les risques d'atteinte à la concurrence ont pu être écartés sur les différents marchés de la collecte et de l'agrofourmiture.

### *Les concentrations verticales*

En 2009, sur 94 décisions de l'Autorité en matière de concentrations, 22 comprennent une analyse en termes d'effets verticaux, soit un peu plus d'un cinquième. Parmi ces décisions, on retrouve certains secteurs propices à l'émergence de ce type de risque concurrentiel, car il s'agit d'industries de filière comme les marchés agricoles<sup>74</sup> ou d'industries de réseau comme les marchés de l'électricité<sup>75</sup>. Les décisions relatives à la création d'une entreprise commune de plein exercice<sup>76</sup> comportent également le plus souvent une analyse en termes d'effets verticaux, dans la mesure où une ou plusieurs des sociétés mères sont généralement présentes sur des marchés amont et/ou aval de ceux sur lesquels est active l'entreprise commune.

### **Des risques pour la concurrence liés à des effets verticaux ont été identifiés dans le cadre de l'examen du rachat de Novatrans par la SNCF**

L'Autorité a conclu à des risques pour la concurrence dans le cadre de l'examen de la prise de contrôle exclusif de Novatrans, opérateur de transport combiné rail-route, par la SNCF<sup>77</sup>, opérateur de transport ferroviaire. Le transport combiné rail-route consiste à acheminer une marchandise dans une même unité de transport intermodal (UTI) ou un même véhicule routier, en utilisant majoritairement le mode de transport par rail et, accessoirement le mode de transport routier pour le début et/ou la fin de parcours. Il requiert donc l'intervention de plusieurs acteurs situés à différents stades de la fourniture du service, dont les transporteurs routiers de marchandises, les prestataires de services ferroviaires à destination des opérateurs de transport combiné et les prestataires de services de terminaux de transport combiné.

73. Décisions 09-DCC-38 du 4 septembre 2009 relative à la fusion des coopératives Limagrain et Domagri et 09-DCC-90 du 29 décembre 2009 relative à la fusion de la coopérative agricole de la Charente et de la coopérative agricole Syntéane.

74. Décision 09-DCC-38 du 4 septembre 2009 relative à la fusion des coopératives Limagrain et Domagri.

75. Décision 09-DCC-28 du 30 juillet 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Poweo par la société Österreichische Elektrizitätswirtschafts – Aktiengesellschaft.

76. Décision 09-DCC-91 du 24 décembre 2009 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Nutréa, Peigne, UCA, Couvoirs de Cléden et Univol par les groupes Coopagri Bretagne et Terrena.

77. Décision 09-DCC-54 du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA.

### *Un risque de forclusion lié à la position prédominante de la SNCF sur le marché des services de terminaux de transport combiné*

L'Autorité a relevé un risque d'éviction des concurrents de la nouvelle entité sur les marchés aval du transport combiné rail-route et des services ferroviaires aux opérateurs de transport combiné en raison de la forte position de la SNCF, à l'issue de l'opération, sur le marché amont des services de terminaux de transport combiné.

Un terminal de transport combiné est un site de chargement et de déchargement des UTI, comportant une zone de contrôle des entrées et des sorties de camions ainsi que des zones de manutention. Le terminal comprend une ou plusieurs cours à l'intérieur desquelles les opérateurs de transport combiné entreposent et/ou transbordent les UTI des camions vers le train au terminal de départ et du train vers les camions au terminal de destination. Les services de terminaux de transport combiné comprennent l'accès au terminal, le remplissage de contrats et le chargement et déchargement des UTI. Ainsi, l'Autorité précise que, d'une part, « les opérateurs de transport combiné doivent pouvoir accéder aux terminaux pour garer et préparer les wagons ainsi que pour gérer le chargement et déchargement des UTI » et, d'autre part, que « les entreprises ferroviaires doivent pouvoir accéder aux terminaux pour assurer l'arrivée et le départ des trains dans le cadre des sillons obtenus ». Or, la décision relevait que la nouvelle entité, en contrôlant après l'opération plus de la moitié des terminaux, était en mesure d'avoir un comportement discriminatoire vis-à-vis de ses concurrents consistant à les défavoriser en se réservant par exemple les meilleures cours ou les meilleurs horaires, ou en retardant l'arrivée ou le départ d'un train. L'Autorité a estimé que ce comportement discriminatoire renforcerait l'attractivité du groupe sur les marchés en aval, en favorisant le recours par les opérateurs de transport combiné aux services ferroviaires de la nouvelle entité et le recours par les transporteurs routiers aux opérateurs de transport combiné utilisant les services de la nouvelle entité. En outre, la présence de la SNCF sur la grande majorité des terminaux de transport combiné a fait craindre à l'Autorité que les opérateurs de transport combiné qui cesseraient de s'adresser à la SNCF en tant que prestataires de services ferroviaires s'exposent à des représailles qui consisteraient notamment à rendre difficile voire impossible l'accès de ces opérateurs aux terminaux que cette dernière exploite. Enfin, l'Autorité souligne que le fait pour la nouvelle entité d'être le gestionnaire de la plupart des terminaux pourrait freiner l'apparition de concurrents sur une activité nouvellement ouverte à la concurrence qu'est la gestion du premier et dernier kilomètre (consistant à réaliser des manœuvres avec les wagons au sein du terminal) dans pratiquement tous les terminaux.

### *Un risque de forclusion lié à la position très forte de Novatrans sur le marché du transport combiné rail-route*

L'Autorité a, en premier lieu, caractérisé un risque de blocage de l'accès des concurrents de la SNCF au marché amont des services ferroviaires aux opérateurs de transport combiné, lié à la position fortement dominante sur le marché aval du transport combiné de Novatrans (présent sur plus des trois quarts des liaisons, bien au-dessus du niveau de ses deux concurrents).

La décision souligne à ce sujet que, dans le contexte d'ouverture à la concurrence en 2006 du transport ferroviaire de marchandises, cet opérateur est un client potentiel des nouvelles entreprises ferroviaires et a d'ailleurs lancé plusieurs appels à candidatures pour des services ferroviaires en 2007. Cependant, ajoute-t-elle, l'opération a comme principale conséquence de soustraire du « *marché libre* » cet acteur majeur et de ce fait, de fermer la quasi-totalité du marché des services ferroviaires à destination des opérateurs de transport combiné. La décision précise enfin que cet effet a une incidence significative sur les marchés des services ferroviaires, dans la mesure où la part représentée par le marché des services ferroviaires à destination des opérateurs de transport combiné au sein du marché global des services ferroviaires (incluant le fret conventionnel classique) atteignait plus de 20 % en 2008. Inversement, toujours s'agissant des liens verticaux entre le marché amont des services ferroviaires aux opérateurs de transport combiné et le marché aval du transport combiné, l'Autorité a indiqué que la position quasi monopolistique de la SNCF sur les marchés des services ferroviaires (70-80 % de parts de marché) pouvait également faire craindre un verrouillage de l'accès aux intrants pour les opérateurs de transport combiné concurrents de Novatrans. Ainsi, si l'Autorité a estimé que l'incitation de la SNCF à cesser d'offrir ces services sur le marché et à les réserver à Novatrans était trop faible, elle a souligné le risque de comportement discriminatoire, notamment en termes de tarification des services de traction, entre sa filiale et les concurrents de Novatrans.

En second lieu, l'Autorité a constaté un risque de forclusion de l'accès des transporteurs routiers concurrents de la SNCF à l'offre de services de transport combiné rail-route.

La décision rappelle que hormis Novatrans, seul T3M propose des services de transport combiné au niveau national, de sorte que les trains de Novatrans ont été remplis en moyenne à plus de 75 % au cours du premier semestre 2009, dans un contexte de forte contraction de son activité due à la crise économique. Ainsi, le taux d'occupation des trains de Novatrans devrait augmenter lors de la reprise économique et amener Novatrans à devoir refuser des UTI. L'Autorité juge qu'à l'issue de l'opération, Novatrans sera incitée à favoriser les transporteurs routiers du groupe SNCF au détriment de ses clients tiers en cas d'engorgement de ses trains, *via* une discrimination par les prix mais également par l'ordre de traitement des demandes. Le risque est d'autant plus avéré que l'Autorité a considéré qu'en raison des fortes barrières à l'entrée sur le marché du transport combiné, l'émergence à court terme de nouveaux opérateurs était peu probable.

### *Des risques accrus par l'importance des barrières à l'entrée sur les marchés en cause*

Les risques d'effets verticaux sont d'autant plus élevés qu'il existe d'importantes barrières à l'entrée sur l'ensemble des marchés évoqués ci-dessus, à commencer par le risque de pertes lié à un trop faible remplissage des trains de transport combiné.

Ainsi, pour qu'un train de transport combiné soit rentable, il doit être rempli à plus de 80 %, tant à l'aller qu'au retour (règle du trafic équilibré), ce qui limite les axes

rentables. Sur le marché des services ferroviaires offerts aux opérateurs de transport combiné, trois contraintes réglementaires s'imposent afin, notamment, de garantir que les entreprises ferroviaires exercent leurs activités dans le respect des règles de sécurité : l'obtention d'une licence ferroviaire, document par lequel un État membre de l'Union européenne reconnaît à une entreprise la qualité d'entreprise ferroviaire, l'obtention d'un certificat de sécurité et enfin l'obtention de l'autorisation de circuler sur les sillons ferroviaires du réseau national, cette dernière démarche prenant plusieurs années et intervenant à un moment où les entreprises ferroviaires demandeuses n'ont pas encore de commandes fermes. S'agissant des barrières techniques, une entreprise ferroviaire souhaitant offrir des services de traction doit notamment disposer de locomotives dont le prix d'achat varie entre 3 et 4 millions d'euros, soit un délai de rentabilisation de trente ans et un délai moyen d'obtention de 18 mois, mais aussi de personnels de conduite, dont le recrutement peut être difficile. Sur le marché des services de terminaux, les barrières à l'entrée sont fortes, tant en ce qui concerne l'accès aux terminaux existants que la construction de nouveaux terminaux. Afin d'écartier ces risques concurrentiels, la partie notifiante a pris des engagements devant l'Autorité qui a autorisé l'opération sous couvert de ces derniers, dont il sera question dans la partie de ce rapport relative aux engagements pris par les entreprises dans le cadre du contrôle des concentrations.

En revanche, l'Autorité n'a pas retenu l'existence d'un risque de verrouillage de l'accès des opérateurs de transport combiné concurrents de Novatrans à la clientèle des transporteurs routiers, au motif qu'il existe des concurrents importants aux filiales routières de la SNCF, qui n'auront donc pas d'incitation particulière à travailler avec Novatrans plutôt qu'avec ses concurrents. Ainsi, elle note que 200 transporteurs routiers sont aujourd'hui susceptibles de proposer du transport combiné à leurs clients.

### **Dans toutes les autres décisions, l'Autorité de la concurrence a écarté d'éventuels risques liés à des effets verticaux**

#### *En raison du pouvoir de marché limité de la nouvelle entité*

Le plus souvent, l'Autorité a mis en exergue le pouvoir de marché insuffisant des entreprises concernées sur les marchés en cause. C'est le cas notamment dans la décision **09-DCC-52** du 12 octobre 2009 relative à la prise de contrôle de la société Brocéliande ALH SA par le groupe Cooperl Arc Atlantique. La société Brocéliande était en effet cliente sur le marché amont de la viande fraîche de porc pour son activité de fabrication de produits de charcuterie salaison, marché sur lequel Cooperl était offreur. Toutefois, le risque d'un effet vertical dû à une diminution drastique, à l'issue de l'opération, des ventes de viande fraîche de porc de Cooperl à des concurrents de Brocéliande comme Madrange ou Fleury Michon, a été écarté en raison de sa part de marché relativement modérée (20-25 %) sur le marché de la viande fraîche de porc. Inversement, le risque de forclusion lié à une réduction significative des achats de Brocéliande aux concurrents de Cooperl, comme Bigard par exemple, a été exclu au regard du fait que Brocéliande représentait moins de 15 % des ventes de chacun de ses fournisseurs.

À ce titre, l'Autorité a, dans presque tous les cas, tenu compte de la présomption d'absence de problème en deçà d'une part de marché de 30 % sur l'amont et sur l'aval. Toutefois, dans la décision **09-DCC-67** du 23 novembre 2009 relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles, elle a écarté un risque de forclusion par les intrants sur les marchés de la viande fraîche de volaille et des produits élaborés à base de volaille alors que la nouvelle entité, à l'issue de l'opération, disposerait d'une part de marché de 30-35 % sur l'abattage de dindes en France. L'Autorité a en effet relevé que, s'agissant du marché de la viande fraîche de volaille, la quasi-totalité des intervenants disposaient de leurs propres abattoirs et que, s'agissant des produits élaborés à base de viande de volaille, le recours aux importations était possible, notamment du fait de la modification des spécifications des cahiers des charges de plusieurs GMS relatives à l'origine de la viande, passant d'une exigence d'une origine française à une origine Union européenne.

*En raison des alternatives offertes par la présence de concurrents importants ou la possibilité d'intégrer certaines activités*

L'Autorité a en outre relevé l'existence d'alternatives à la nouvelle entité pour les concurrents des parties en matière de débouchés ou d'approvisionnements. Ainsi, dans la décision **09-DCC-22** du 20 juillet 2009 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Groupe Arthur Bonnet par les sociétés Snaidero et Nobilia, dans le secteur des cuisines équipées, elle exclut tout risque de verrouillage de la clientèle au détriment des concurrents du fabricant de cuisines Nobilia en s'appuyant sur la présence, au niveau de la distribution de cuisines, de revendeurs importants tels que « Cuisines Schmidt », « Mobalpa » ou encore « Cuisinella », qui dépendent eux aussi d'un industriel, de quelques distributeurs indépendants mais aussi d'enseignes de la grande distribution pour l'équipement du foyer comme Conforama, But ou Darty, qui réalisent environ 25 % des ventes de cuisines équipées.

De la même façon, l'Autorité écarte le risque de verrouillage par les intrants au détriment des concurrents du distributeur de cuisines Arthur Bonnet au motif que Nobilia fait face à la concurrence de plusieurs fabricants importants que sont l'entreprise française SALM avec 10-20 % de parts de marché, le suédois Nobia et le français Fournier avec chacun une part de marché de 10-20 %, et la Manufacture vosgienne de meubles avec 5-10 % de parts de marché.

Le même type de constat a été effectué dans la décision **09-DCC-65** du 30 novembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de Tele2 Mobile par Omer Telecom Limited. En l'espèce, l'opération emportait d'éventuels effets verticaux du fait de la présence de l'acquéreur sur le marché aval de la distribution de produits et services de téléphonie mobile *via* le réseau « The Phone House », tandis que l'opération venait renforcer sa position sur le marché de détail de la téléphonie mobile. Ceux-ci ont cependant été écartés du fait que The Phone House est confronté à la concurrence des réseaux intégrés des trois opérateurs MNO, représentant à eux seuls 50-60 % du marché, ou des autres distributeurs multimarques tels que Carrefour (5-10 % du marché), Darty (0-5 % du marché) ou Fnac (0-5 % du marché).

Pour finir, la faculté pour les concurrents de la nouvelle entité de renforcer à court terme leur intégration soit au niveau de leur circuit de commercialisation soit au niveau de leur approvisionnement est un élément qui a été pris en compte, notamment dans le cadre de la décision **09-DCC-86** du 22 décembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monext Holding par le groupe Crédit Mutuel Arkéa. L'Autorité a pris en compte dans son analyse des effets verticaux le fait que les services permettant l'acquisition de transactions et les services techniques et administratifs permettant l'émission de cartes – activités sur lesquelles est active la société Monext – peuvent facilement être mis en œuvre en interne par les clients de Monext qui sont de grands établissements financiers, comme c'est notamment le cas d'Arkéa.

### *En raison d'une incitation insuffisante de la nouvelle entité à la mise en place d'une stratégie de forclusion*

La faiblesse ou l'absence d'incitation à la mise en place d'une stratégie de forclusion ont également été retenues afin de conclure à l'absence de risque pour la concurrence par le biais d'effets verticaux. Ainsi, dans la décision « cuisines » précitée, l'Autorité a indiqué qu'il est peu vraisemblable que Nobilia se retire du marché de l'approvisionnement au profit du réseau de commercialisation Arthur Bonnet, dans la mesure où l'essentiel de son chiffre d'affaires en France, soit 60-70 % en 2008, est généré par des clients n'appartenant pas à ce réseau.

De la même façon, dans la décision sus-évoquée **09-DCC-65** dans le secteur de la téléphonie mobile, la capacité de la nouvelle entité de verrouiller l'accès de ses concurrents MNO ou MVNO à la clientèle a été jugée très limitée, dans la mesure où la vente des offres de ces concurrents représentait une part importante du chiffre d'affaires du réseau de distribution The Phone House, étant donné notamment la part de marché cumulée élevée des trois MNO. Dans la décision portant sur le même secteur **09-DCC-35** du 6 août 2009, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Cinq sur Cinq par la société SFR, le blocage de l'accès des concurrents du réseau de distribution SFR aux offres de cette dernière a été écarté. La décision relève en effet l'importance pour la stratégie commerciale de chaque opérateur de téléphonie mobile de maintenir la présence de ses offres au sein des points de vente multimarques. En effet, la distribution multimarque est de plus en plus privilégiée par la clientèle dans la mesure où elle lui permet, en un même lieu, de comparer les offres de différents opérateurs, si bien que les ventes de SFR chez les distributeurs multimarques ont représenté 30-40 % de ses ventes en 2008.

Ces deux décisions peuvent être rapprochées de la décision **09-DCC-41** du 9 septembre 2009 relative à la création de deux entreprises communes de plein exercice par UGC Images et TF1 International. UGC, groupe cinématographique intégré verticalement, est présent sur le marché de l'exploitation de salles de cinéma, marché situé en aval du marché de la distribution des films aux exploitants de salles sur lequel est active l'entreprise commune entre TF1 et UGC. S'agissant du risque que les exploitants de salles UGC concentrent leurs achats auprès de l'entreprise commune au détriment des distributeurs concurrents, l'Autorité précise que, même

s'il est possible que les cinémas UGC aient des parts de marché importantes sur certaines zones de chalandises, il serait économiquement irrationnel pour eux de se priver des films distribués par les concurrents de l'entreprise commune, soit plus de 90 % des films distribués en France. En effet, cela préjudicierait fortement à l'attractivité des cinémas UGC si ces derniers ne proposaient à la séance qu'un nombre de films réduit et ne comportant pas tous les succès commerciaux du moment (qui ne sont pas tous forcément distribués par l'entreprise commune).

Il est également possible de se référer à la décision **09-DCC-17** du 7 juillet 2009 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Financière LMP SAS par les sociétés Financière Linair SAS et Brit Air SA. En l'espèce, il s'agissait de déterminer si l'opération était susceptible d'inciter Airlinair, filiale de Financière LMP active sur le marché de l'affrètement d'avions (location d'avions avec équipage au bénéfice d'une compagnie aérienne), à ne plus fournir d'avions de type ATR aux concurrents du groupe Air France-KLM, propriétaire de Brit Air. Sur ce point, l'Autorité relève que le seul autre client à ce jour d'Airlinair est la compagnie CCM Airlines. Or elle souligne que le groupe Air France-KLM n'aurait pas d'intérêt à priver d'avions cette compagnie, dans la mesure où cela priverait le groupe Airlinair d'une partie de ces revenus. Mais elle insiste surtout sur les liens entre ces deux sociétés, capitalistiques d'abord – Air France-KLM possédant moins de 50 % du capital de CCM Airlines – et contractuels ensuite, les deux sociétés partageant en « coexclusivité » l'exploitation de quatre lignes entre Paris et la Corse, selon les termes de la convention de délégation de service public concernant ces liaisons.

### *En raison de l'absence d'incidence de l'opération du fait de relations verticales préexistantes*

Enfin, les risques pour la concurrence *via* d'éventuels effets verticaux peuvent être écartés lorsque la concentration examinée n'est à l'origine d'aucune modification du fonctionnement du marché. Ainsi, dans la décision **09-DCC-31** du 29 juillet 2009 relative à la prise de contrôle conjoint de certains actifs du groupe Alfesca par les sociétés Lur Berri Holding SAS et Kjalar Investment BV, les positions respectives de l'acquéreur, vendeur de canards bénéficiant d'une indication géographique protégée « Sud-Ouest » et de la cible, acheteuse de tels canards pour les besoins de sa production de foie gras, n'ont pas été jugées problématiques dans la mesure où l'opération ne faisait que pérenniser une situation existante par laquelle l'acquéreur représentait déjà plus de 90 % de l'approvisionnement de la cible.

Le même constat a été dressé dans la décision **09-DCC-42** du 16 septembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Les Fermiers Landais par la société Maisadour. Ces deux sociétés étaient également en l'espèce simultanément présentes sur des marchés d'approvisionnement (en volailles vivantes), l'un en tant que vendeur, l'autre en tant qu'acheteur. L'Autorité a considéré que la concentration n'était pas de nature à restreindre l'accès des abattoirs concurrents de Fermiers Landais à l'offre de volailles vivantes, du fait que, préalablement à l'opération, Maisadour cédait déjà près des deux tiers de sa production à

Fermiers Landais. Un autre argument peut être retrouvé dans le cadre de la décision **09-DCC-86** précitée, où l'Autorité avance qu'il est peu probable que Monext cesse d'offrir ses services aux concurrents d'Arkéa puisqu'elle est liée à ses clients par des contrats de long terme.

### *Les effets congloméraux*

L'Autorité apprécie le risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets congloméraux à l'issue de l'opération.

Pour ce faire, l'Autorité vérifie, à titre liminaire, que les entreprises parties à l'opération sont actives sur des marchés connexes. Ainsi, dans sa décision **09-DCC-91**, Coopagri Bretagne Actifs groupe Unicopa, l'Autorité a considéré que *« les liens de connexité, autres que verticaux, entre d'une part, les différents marchés sur lesquels l'acquisition conjointe de la cible renforce les positions du groupe Coopagri ou du groupe Terrena, et d'autre part, les autres marchés, sur lesquels l'un ou l'autre de ces groupes est présent mais pas la cible, ne sont pas suffisants pour que l'opération permette de faire jouer des effets de levier entre les positions occupées par l'un ou l'autre des groupes sur ces marchés »*.

L'Autorité examine ensuite si l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la possibilité de mettre en place une stratégie de verrouillage.

Un accroissement du pouvoir de marché doit tout d'abord résulter de l'opération que ce soit notamment par création ou renforcement d'une position forte sur l'un des marchés connexes ou encore parce que l'opération conduit à la réunion ou l'extension d'une gamme de produits ou d'un portefeuille de marques. Ainsi, dans sa décision **09-DCC-13**, l'Autorité indique que *« l'addition de parts de marché à l'issue de l'opération étant très faible, quel que soit le marché considéré (en tout état de cause inférieure à 1 point), l'opération n'emportera aucun renforcement de la capacité de l'opérateur à faire jouer des effets congloméraux »*. À l'inverse, dans sa décision **09-DCC-52**, l'Autorité précise que les parties à la concentration étant simultanément actives sur sept familles de produits et sur une famille supplémentaire chacune, *« l'opération a ainsi pour effet d'améliorer et d'élargir la gamme de produits de charcuterie salaison de la nouvelle entité »*.

Si les parties ne détiennent pas de pouvoir de marché ne serait-ce que sur l'un des marchés à partir duquel faire jouer l'effet de levier, l'Autorité considérera qu'il est peu probable que l'opération soit susceptible de porter atteinte à la concurrence par le moyen d'effets congloméraux. En ce qui concerne tout d'abord l'existence d'une position forte, les lignes directrices de la Commission sur les concentrations non horizontales suggèrent des *safe harbours* en deçà de 30 % de parts de marché. Ainsi, si l'acquisition des sociétés Entreprise Malet et Entreprise Carceller par Spie batignolles SA (**09-DCC-43**) lui permet d'élargir sa gamme d'activités en ajoutant les activités de travaux routiers aux activités du terrassement et du génie civil sur lequel il est déjà actif, cet élargissement n'est néanmoins pas *« en mesure de porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés en raison de la faible position du nouveau groupe sur chacun des marchés concernés, tant au niveau national*

*qu'au niveau régional : sa part de marché est inférieure à 0-5 % sur chacun d'entre eux au niveau national et n'excède jamais 10-20 % au niveau régional».*

Le pouvoir de marché peut également résulter de la détention par la nouvelle entité de marques à forte notoriété. Ainsi, dans sa décision **09-DCC-48**, l'Autorité a considéré qu'« *en termes de marques, il ressort du test de marché que, si la marque "Marie" bénéficie d'une notoriété certaine, tel n'est pas le cas des autres marques de produits traiteur concernées par l'opération et qui seront détenues par LDC. Les acteurs interrogés n'ont identifié que les marques concurrentes "Fleury Michon", "Bonduelle" et "Herta", comme réellement notoires. Par ailleurs, comme déjà mentionné, s'agissant plus particulièrement des produits exotiques, il ne ressort aucunement du dossier que les marques "Tradition d'Asie" (LDC) et "Luang" (Marie), doivent être considérées comme notoires, ni a fortiori incontournables* ». Les marques ne doivent pas seulement être connues, elles doivent présenter un caractère important, voire incontournable, pour les clients des parties à l'opération et ne présenter que peu de substituts acceptables. Dans sa décision **09-DCC-52**, l'Autorité souligne que « *les marques de la nouvelle entité, si elles sont effectivement connues, ne sont pas considérées comme incontournables. Plusieurs réponses au test de marché ont indiqué que les marques des parties à l'opération étaient moins notoires que celles de leurs principaux concurrents* ». Dans sa décision **09-DCC-67**, l'Autorité a ainsi retenu que « *le groupe LDC en acquérant la marque Maître Coq, première marque de produits élaborés cuits et en distribuant une très forte marque de produits panés (Le Gaulois) pourrait être en mesure de s'appuyer sur ces marques incontournables pour imposer le référencement de l'ensemble de sa gamme de produits au détriment des produits de ses concurrents* ».

Par ailleurs, une offre groupée ou liée ne peut avoir un effet sur la concurrence sur les marchés concernés que si une part suffisante des acheteurs est susceptible d'être intéressée par l'achat simultané des produits en cause. Ainsi, dans ses décisions **09-DCC-07**, **09-DCC-08** et **09-DCC-13**, l'Autorité a mis en avant le fait que seule une faible proportion des clients était commune. Ainsi, « *en premier lieu, il convient d'indiquer que les clients susceptibles d'acheter simultanément ces deux types de produits représentent une part faible (0-10 %) des ventes des sociétés cibles et de Benalu, et probablement une faible part de la demande de carrosseries sous température dirigée et de matériels de type bennes, citernes et plateaux* » (**09-DCC-07**). En effet, si les clients ne sont pas intéressés par la gamme de produits proposés par la nouvelle entité, la détention de cette gamme n'est alors pas susceptible de lui conférer un avantage concurrentiel. Ainsi dans la décision **09-DCC-48**, l'Autorité indique que « *le test de marché a par ailleurs confirmé que, sur ces marchés, la détention d'un large assortiment de produits par un même fabricant n'était pas de nature à lui conférer un avantage décisif dans le jeu concurrentiel* ».

En sus, lorsque les clients se révèlent intéressés par la gamme détenue par la nouvelle entité, encore faut-il que celle-ci soit effectivement en mesure de proposer une offre groupée ou liée dans un cadre de négociation globale et que cette offre représente un argument de vente déterminant pour le client. Ainsi, dans la décision **09-DCC-07** l'Autorité a indiqué que « *pour les clients communs identifiés, la proposition d'une offre incluant les produits de Benalu et ceux des sociétés cibles ne*

constituerait cependant pas un argument de vente déterminant, dans la mesure où les négociations s'effectuent généralement produits par produits, principalement en raison de la spécificité technique de chacun d'entre eux. Ainsi, chez les carrossiers généralistes, il existe des équipes commerciales différentes pour la carrosserie sous température dirigée et la carrosserie destinée au transport en vrac. La partie notifiante a indiqué que les équipes commerciales de Benalu et celles des sociétés cibles ne seront pas fusionnées. En définitive, la condition de la détention d'une gamme de produits constituant un argument de vente déterminant n'est pas remplie». L'Autorité met également en avant cet argument dans sa décision **09-DCC-08** : « Les parties ont indiqué que les négociations se déroulaient produit par produit dans la mesure où les interlocuteurs au sein de chaque société cliente sont différents selon le produit acheté ce qui est également le cas au sein du groupe Farinia. La détention d'une gamme de produit n'est ainsi pas un argument de vente déterminant pour les clients. » Enfin, dans sa décision **09-DCC-13**, l'Autorité relève que « les contrats de transport ferroviaire de marchandises sont généralement conclus de gré à gré pour une durée de trois ans alors que les contrats de transport routier font l'objet d'appels d'offres remis en cause annuellement. Au surplus, les parties soulignent que du côté de l'offre, les activités de transport ferroviaire et de transport routier de marchandises sont gérées par deux entités totalement distinctes, ce qui rend ainsi difficile tout couplage d'offres entre ces deux types de transport ». À l'inverse, lorsque la nouvelle entité négocie de façon globale pour une gamme de produits avec ses clients, comme c'est le cas dans la décision **09-DCC-67** où « il ressort des réponses au test de marché que les négociations commerciales relatives aux produits élaborés peuvent être globales, ce qui signifie que les discussions entre un acheteur et son fournisseur ne se font pas nécessairement produit par produit mais se basent sur l'ensemble de la gamme proposée par le fabricant », la nouvelle entité est alors en position de mettre en place des ventes liées ou groupées.

L'Autorité apprécie ensuite la crédibilité des scénarios de ventes liées. Elle examine notamment pour ce faire dans quelle mesure les concurrents sont susceptibles d'offrir à court ou moyen terme une gamme aussi complète de produits ou un éventail de marques aussi attractif. L'Autorité prend ainsi en considération la possibilité pour les concurrents de la nouvelle entité de contrer l'éventuelle stratégie de verrouillage de celle-ci. La possession par les concurrents d'une gamme équivalente à celle de la nouvelle entité est en effet susceptible de leur permettre de répliquer l'éventuelle stratégie de ventes liées ou groupées que la nouvelle entité pourrait mettre en œuvre à l'issue de l'opération. Ainsi dans ses décisions **09-DCC-07**, **09-DCC-43**, **09-DCC-48**, **09-DCC-52** et **09-DCC-91**, l'Autorité prend en considération pour écarter le risque d'effets congloméraux, la détention par au moins un concurrent d'une gamme équivalente. Ainsi, « en second lieu, certains concurrents des parties à la concentration, tels que les groupes Campofrio et Madrange, sont en mesure de proposer une gamme de produits au moins aussi large » (**09-DCC-52**); « enfin, LDC ne sera pas le seul acteur à détenir une large gamme de produits. Ce sera aussi le cas de Sodebo, de Fleury Michon ou des filiales du groupe Nestlé » (**09-DCC-48**); « d'autre part, les parties notifiantes ont fait valoir que les principaux concurrents de Spie batignolles proposent d'ores et déjà une gamme de services au moins aussi importante que la nouvelle

*entité» (09-DCC-43). Néanmoins, comme l'illustre la décision 09-DCC-67, il est également nécessaire que le concurrent possédant la gamme équivalente soit réellement en mesure de contrer la stratégie de ventes liées notamment en terme de présence sur les marchés. Ainsi, «l'instruction a permis de démontrer qu'aucun concurrent de la nouvelle entité ne disposerait d'une gamme de produits élaborés cuits aussi large que la nouvelle entité. En effet, le groupe Doux est implanté essentiellement sur les produits panés et le groupe Gastronom, bien qu'étant présent sur les mêmes marchés que la nouvelle entité, disposera de parts de marché très inférieures à celles de la nouvelle entité» (09-DCC-67).*

Il s'agit enfin, lorsque l'Autorité considère que l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la possibilité de mettre en place une stratégie de verrouillage, de déterminer quel sera l'impact probable de cette stratégie sur les acteurs du marché y compris la nouvelle entité et, par conséquent, si celle-ci sera effectivement incitée à la mettre en œuvre. Ainsi dans sa décision 09-DCC-67, l'Autorité a notamment pris en considération le fait selon lequel «la surface disponible dans les linéaires de la GMS demeure peu extensible. Ainsi, le référencement par un distributeur de la nouvelle entité sur de nouvelles catégories de produits induirait très probablement l'exclusion de ses concurrents des linéaires de cette enseigne de distribution» pour déterminer l'impact d'une stratégie de ventes liées qui permettrait à la nouvelle entité de développer ses ventes.

Lorsque, au terme de son analyse, l'Autorité identifie des risques d'atteinte à la concurrence par la mise en œuvre d'effets congloméraux, des engagements peuvent alors être pris par les parties (09-DCC-67).

## Les restrictions directement liées et nécessaires

Dans la décision 09-DCC-79 du 16 décembre 2009, l'Autorité s'est prononcée sur le caractère directement lié à l'opération notifiée et nécessaire à la réalisation de cette opération de plusieurs accords conclus entre l'acquéreur, Visa Europe, et les banques cédantes, la société cible étant la SAS Carte Bleue.

Il s'agissait, en premier lieu, d'une clause de non-concurrence de moins de trois ans, dont l'Autorité a estimé, en s'inspirant des critères d'analyse donnés par la Commission européenne dans sa communication 2005/C 56/03 du 5 mars 2005, qu'elle était bien directement liée et nécessaire. Chacune des banques cédantes s'engageant vis-à-vis de l'acquéreur, pour une durée de trois ans à compter de la réalisation de l'opération.

Il s'agissait ensuite d'un accord par lequel chaque vendeur s'engageait à s'approvisionner auprès de la cible pour un certain nombre de services pour une période qui n'était pas supérieure à cinq ans. L'Autorité a estimé que dans la mesure les obligations en cause portaient sur des quantités fixes et non relatives, elles constituaient des restrictions directement liées à l'opération et nécessaires à sa réalisation.

En troisième lieu, chaque banque cédante s'engageait à maintenir pendant trois ans un objectif de volume cumulé de dépenses réalisées avec les cartes Carte Bleue

Visa émises par cette banque. Cette obligation n'a pas été considérée comme étant directement liée et nécessaire, dans la mesure où d'une part, elle portait sur les dépenses réalisées par les consommateurs avec les cartes bleues Visa émises par chaque banque et n'était donc qu'indirectement reliée aux activités de services de CBL et où, d'autre part, elle était de nature à introduire un facteur de rigidité dans la part de marché des cartes Visa Carte Bleue.

De la même façon, dans une décision **09-DCC-14** du 14 décembre 2009, l'Autorité a considéré que la clause de non-concurrence et de non-débauchage qui figurait dans le protocole de cession ne constituait une restriction directement liée et nécessaire que dans la limite d'une durée de trois ans et dans la mesure où elle ne limitait pas la possibilité des cédants d'acheter ou de détenir des parts de sociétés concurrentes de la nouvelle entité à des fins d'investissement.

### Les mesures correctives

Lorsqu'une opération de concentration est de nature à créer des effets anticoncurrentiels qui ne sauraient être compensés par un apport suffisant au progrès économique et que l'argument de l'entreprise défaillante ne peut être retenu, l'Autorité de la concurrence ne peut autoriser l'opération que si elle est accompagnée de mesures correctives permettant de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées.

Ces mesures peuvent, soit être proposées par les parties au titre de l'article L. 430-5, II du Code de commerce en phase I ou de l'article L. 430-7, II du dudit code en phase II, soit être imposées par l'Autorité de la concurrence au titre de l'article L. 430-7, III du code précité.

Les mesures proposées par les parties doivent permettre, une fois mises en œuvre, de mettre un terme aux problèmes concurrentiels recensés. À ce titre, l'Autorité de la concurrence vérifie, tout en veillant à la neutralité et à la proportionnalité des mesures correctives, que les engagements remédient effectivement aux problèmes concurrentiels identifiés, et que leur mise en œuvre sera rapide et certaine. Elle s'assure également qu'il sera possible de contrôler le respect de ces mesures.

En 2009, l'Autorité de la concurrence a autorisé trois opérations<sup>78</sup> sous réserve de la mise en œuvre d'engagements déposés par les parties. Elle a confirmé la recherche, en priorité, de mesures structurelles, qui peuvent notamment, mais pas uniquement, prendre la forme classique de cession d'actifs. Toutefois, l'Autorité a également été amenée à accepter des mesures comportementales, soit parce qu'aucune mesure structurelle proportionnée ne pouvait permettre de répondre à l'atteinte à la concurrence identifiée, soit en raison de l'absence d'acquéreur intéressé par la reprise d'actifs.

78. Décisions 09-DCC-16 du 22 juin 2009, 09-DC-54 du 16 octobre 2009 et 09-DCC-67 du 23 novembre 2009.

## *Les mesures structurelles*

Afin de résoudre des problèmes concurrentiels, l'Autorité de la concurrence a accepté un engagement classique de cession d'activité dans le cadre d'effets horizontaux, ainsi que la mise en place d'un système d'appel d'offres et de sociétés à capital ouvert dans le cadre d'effets verticaux.

Dans une décision **09-DCC-67** relative au secteur de la viande de volaille, l'Autorité de la concurrence a estimé qu'en raison de la forte position des parties sur les marchés de la viande de dinde et de poulet sous label vendue en GMS, l'opération était de nature à porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux. Le problème identifié résultant d'un cumul de parts de marché importantes, une cession d'actifs apparaissait comme étant la solution la plus adaptée pour y remédier, puisqu'elle permettait une diminution automatique des parts de marché de la nouvelle entité. Les parties ont ainsi proposé de céder quatre sociétés appartenant à la cible, constituant le groupe Les Fermiers Landais. Afin que ces sociétés soient viables, l'engagement précisait que l'ensemble des actifs corporels et incorporels, du personnel nécessaire à l'exploitation des sites cédés, des autorisations administratives et des contrats existants étaient inclus dans le périmètre de cession. La cession a été encadrée dans le temps puisqu'elle devait intervenir dans une période de sept mois à compter de la décision d'autorisation, durant laquelle le cédant s'engageait à préserver la viabilité économique, commerciale et concurrentielle des actifs cédés, divisée comme suit : une première période de trois mois durant laquelle les actifs pouvaient être cédés par la partie notifiante au prix de son choix et une deuxième période de quatre mois, au cours de laquelle les négociations pour la reprise des activités cédées étaient menées par un mandataire indépendant. Les parties ont souligné le fait qu'un repreneur concernant cette activité s'était déjà manifesté et qu'un protocole de cession avait déjà été signé prévoyant une réalisation de l'opération avant la fin de la première période. Toutefois, un protocole de cession n'étant pas contraignant vis-à-vis de l'Autorité de la concurrence, les parties ont dû s'engager formellement sur la cession du groupe Les Fermiers Landais. L'existence d'un repreneur intéressé par les actifs cédés, indépendant des parties à la concentration et présentant un projet visant à assurer le maintien et le développement des activités des sociétés du groupe Les Fermiers Landais, a permis à l'Autorité de la concurrence de considérer qu'un tel engagement était effectivement viable et permettait de contrecarrer les effets anticoncurrentiels identifiés. Ce remède a permis de réduire à moins de 5 points l'incrément de parts de marché.

L'Autorité de la concurrence a également été amenée à accepter des mesures structurelles autres qu'une cession d'activité. Dans une opération relative au transport combiné de marchandises (**09-DCC-54**), elle a conclu que l'opération risquait d'empêcher les entreprises ferroviaires concurrentes de la SNCF d'avoir accès au marché de la traction ferroviaire, la SNCF étant initialement présente sur le marché amont de la traction, tandis que la cible, Novatrans, était le principal opérateur de transport combiné rail-route de marchandises et donc demandeur de services

de traction ferroviaire. Afin de résoudre ce problème concurrentiel, la SNCF s'est engagée à ce que Novatrans procède à une mise en concurrence systématique des différentes entreprises ferroviaires pour la traction de ses trains par la voie d'appel d'offres et choisisse l'offre la mieux-disante. Afin de garantir l'impartialité du choix de l'entreprise tractionnaire finale, la SNCF s'est engagée à publier des règles de consultation détaillant notamment les critères de choix de l'entreprise ferroviaire et la pondération de ces critères. Ces critères portant essentiellement sur le prix, le niveau des pénalités en cas de retard ou d'annulation et le niveau de sécurité, l'Autorité de la concurrence a estimé qu'ils revêtaient un caractère suffisamment objectif, rendant ainsi cet engagement vérifiable par un mandataire indépendant lors du dépouillement des offres. La durée de l'engagement, cinq ans, prolongeable pour une durée maximale de cinq ans, était de nature à permettre aux entreprises ferroviaires concurrentes de la SNCF d'asseoir leur présence sur le marché de la traction ferroviaire. Toutefois, un tel processus conférant à Novatrans et donc à la SNCF un accès à des informations confidentielles sur les entreprises ferroviaires concurrentes de la SNCF, l'engagement structurel de mise en concurrence a été accompagné d'un engagement comportemental de confidentialité. Un tel engagement était nécessaire afin de rendre effectif le premier engagement, puisqu'il apparaissait peu probable que les entreprises ferroviaires privées répondent à un appel d'offres, sans garantie d'être choisies mais avec le risque que leur principal concurrent ait accès à cette occasion à des informations confidentielles les concernant. Aux termes d'un engagement de confidentialité, seuls le personnel en charge de la mise en œuvre et du suivi du processus de mise en concurrence ainsi que le directeur général de Novatrans, qui auront signé une lettre de confidentialité faisant partie intégrante de leur contrat de travail, auront accès aux réponses aux appels d'offres. En outre, les personnels concernés seront garantis d'une absence de sanction en cas de refus de réponse à une demande portant sur des données recueillies au cours des appels d'offres en provenance de la SNCF.

Par ailleurs, dans cette même décision **09-DCC-54**, la SNCF s'est engagée à créer des sociétés d'exploitation de terminaux à capital ouvert, afin d'éviter que l'opération n'entraîne une augmentation des prix en raison de la création de situations monopolistiques ou quasi monopolistiques de la nouvelle entité sur cinq terminaux et une forclusion de l'accès des opérateurs de transport combiné rail-route aux services de terminaux. Le capital de ces sociétés a été ouvert à tout opérateur de transport combiné concurrent de Novatrans réalisant un trafic suffisant au sein du terminal ou s'engageant sur un trafic minimal (dans les deux cas, trafic supérieur à 5 000 unités de transport intermodal par an ou à 10 % du trafic annuel du terminal). Les engagements ont par ailleurs prévu que les décisions revêtant un caractère stratégique fassent l'objet d'un consensus, conférant ainsi à un actionnaire même minoritaire une influence directe sur la gestion de la société. Toutefois, afin d'éviter les situations de blocage, les engagements ont prévu l'intervention d'un mandataire chargé d'organiser une procédure de conciliation et, seulement en cas d'échec de cette procédure, la décision reviendra à l'actionnaire majoritaire. L'Autorité de la concurrence a considéré que la création de telles sociétés

permettait d'ouvrir l'accès à la gestion des terminaux à d'autres opérateurs de transport combiné et ainsi d'écartier les risques concurrentiels identifiés et cela d'autant plus qu'un tel modèle de société existait déjà dans un terminal dont la bonne gestion était saluée par la plupart des opérateurs concernés.

### *Les mesures comportementales*

Les engagements comportementaux acceptés par l'Autorité de la concurrence ont essentiellement concerné des atteintes à la concurrence par le biais d'effets non horizontaux.

Dans la décision **09-DCC-54**, l'Autorité de la concurrence a considéré que l'opération était de nature à entraîner un risque de discrimination entre les demandes en provenance d'opérateurs de transport routier appartenant au groupe SNCF et celles émanant d'opérateurs tiers. En effet, à l'issue de l'opération, la SNCF, déjà présente sur le marché du transport routier de marchandises, était amenée à contrôler également le principal opérateur de transport combiné et donc fournisseur des transporteurs routiers intégrant du transport combiné dans leurs trajets. Afin d'éviter que Novatrans ne favorise les filiales de sa société mère, l'Autorité de la concurrence a jugé recevable un engagement de non-discrimination. En effet, aux termes de cet engagement, Novatrans devait établir et publier un tarif public de base et des conditions commerciales et mettre en place un système de réservation de places en ligne permettant aux transporteurs routiers de savoir au plus tard 24 heures avant le départ du train si leurs demandes pouvaient ou non être satisfaites. Par ailleurs, les engagements ont prévu l'existence d'un mécanisme de pénalités à l'égard de Novatrans au profit du transporteur routier lésé en cas de défaut injustifié de prestation. Un tel mécanisme de sanction financière permet ainsi de renforcer l'incitation de Novatrans à respecter son engagement de non-discrimination, puisqu'en cas de non-respect cette société s'expose à une sanction immédiate et automatique. L'Autorité de la concurrence a estimé que l'ensemble de ces dispositions, suivies par un mandataire, en rendant transparentes pour l'ensemble des transporteurs routiers les conditions commerciales appliquées par Novatrans étaient de nature à permettre d'écartier un risque d'atteinte à la concurrence par l'adoption d'un comportement discriminatoire.

Dans cette même décision, concernant également un risque de discrimination entre opérateurs de transport combiné appartenant à la nouvelle entité et les opérateurs tiers en matière d'accès aux terminaux, l'Autorité de la concurrence a estimé qu'un engagement de non-discrimination basé sur l'établissement d'une grille tarifaire, sur la publication d'un document listant les créneaux disponibles et sur la nécessité pour la nouvelle entité de justifier par écrit tout refus d'accès ou de prestation était de nature à permettre d'écartier l'atteinte à la concurrence identifiée.

Dans la décision **09-DCC-67**, l'Autorité de la concurrence a conclu que l'opération pouvait porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets congloméraux, en raison de l'élargissement de la gamme et du renforcement de la position de l'acquéreur concernant les produits élaborés à base de viande de volaille. Un

engagement classique dans une telle hypothèse à ne pas consentir de remise de gamme (ne pas proposer de remises, ristournes ou autres avantages tarifaires ou non tarifaires dont la contrepartie serait l'achat simultané de plusieurs types de produits et ne pas mettre en place de mécanismes ayant pour objet de subordonner l'octroi d'une réduction de prix à l'achat d'autres produits) et de non-couplage (ne pas subordonner la vente d'un produit à l'achat d'un autre produit), suivi par un mandataire, a été jugé par l'Autorité de la concurrence comme permettant de répondre au problème concurrentiel identifié.

Pour l'opération Banque Populaire/Caisse d'Épargne (09-DCC-16), l'Autorité de la concurrence a mis en évidence un risque d'atteinte à la concurrence sur les marchés de la banque de détail et de la banque commerciale à la Réunion par le biais d'effets horizontaux. Elle a estimé qu'un engagement comportemental pouvait permettre d'écartier des risques d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux, tout en rappelant que *« lorsque cela est possible, des engagements structurels sont généralement considérés par les autorités de la concurrence comme particulièrement adaptés lorsqu'il s'agit de remédier à une atteinte portée à la concurrence du fait du cumul de parts de marché importantes (effets horizontaux). Ils sont préférés à des engagements comportementaux, nécessairement limités dans le temps, et dont le suivi peut être rendu difficile par d'importantes asymétries d'informations, entre les autorités de concurrence et les entreprises souscrivant des engagements, comme entre ces entreprises et le marché »*. Les parties se sont ainsi engagées à maintenir, sous le contrôle d'un mandataire, l'autonomie de gestion et l'indépendance juridique des activités de leurs trois réseaux, notamment en conservant des structures d'exploitation juridiquement distinctes et autonomes, des marques et enseignes différentes et en assurant une gestion autonome et séparée des trois réseaux. L'Autorité de la concurrence a jugé cet engagement pertinent, dans la mesure où, compte tenu de la crise traversée par le secteur bancaire et de sa gravité particulière en outre-mer, il aurait été difficile de trouver un repreneur intéressé par une cession d'activité. Or, un engagement pour être efficace doit pouvoir être mis en œuvre. De surcroît, l'engagement a prévu, en cas d'inefficacité du système mis en place, une cession d'actifs à un tiers dans l'hypothèse d'un manquement aux règles permettant le maintien de l'autonomie des trois réseaux ou dans l'hypothèse d'une dégradation du positionnement concurrentiel des trois réseaux. C'est pourquoi, l'engagement comportemental proposé par les parties et permettant de parvenir à un résultat comparable à une cession d'actifs a été accepté par l'Autorité de la concurrence.

## Activité consultative

En matière consultative, l'Autorité de la concurrence, succédant au Conseil de la concurrence, a un large champ d'intervention qui, selon le Code de commerce, peut s'étendre à *« toute question concernant la concurrence »*. L'Autorité peut ainsi rendre des avis :

- sur des projets de textes législatifs ou réglementaires, en application, notamment, des articles L. 462-1 et L. 462-2 du Code de commerce ;

- sur le fonctionnement concurrentiel des marchés, en application des articles L. 462-1 et L. 462-4 du Code de commerce ;
- sur les secteurs régulés, notamment les secteurs des communications électroniques, des postes et de l'énergie, à la demande des régulateurs sectoriels et en application des dispositions propres à chaque secteur.

En outre, l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence a conféré à l'Autorité le droit de se saisir d'office pour avis. Désormais, l'Autorité peut donc prendre l'initiative de donner un avis, rendu public, sur toute question concernant la concurrence. Elle peut également recommander au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés.

## **Avis rendus sur des projets de textes législatifs ou réglementaires**

### *Avis relatifs aux accords dérogatoires aux délais de paiement*

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a instauré, à son article 21, un délai légal maximal pour le règlement des transactions entre entreprises, fixé à 45 jours fin de mois ou 60 jours nets. Ce délai légal s'applique à toutes les entreprises à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009.

Hormis pour le secteur de l'agroalimentaire et certaines professions de transport de marchandises, il n'existait jusqu'alors aucune norme légale en matière de délais de paiement, la fixation de ceux-ci relevant de la négociation contractuelle entre le fournisseur et son client.

Le législateur a souhaité intervenir, afin de ramener le délai moyen constaté en France au niveau de celui des principaux pays européens et de réduire les délais de paiement très longs pratiqués dans certains secteurs d'activité.

La mise en œuvre de cette réforme demandait néanmoins de tenir compte du fait que dans certains secteurs d'activité et depuis de nombreuses années, le financement de l'exploitation des entreprises reposait sur un crédit fournisseur élevé que s'accordaient mutuellement les opérateurs aux différents stades de la commercialisation des produits. Les niveaux élevés du crédit fournisseur existant dans certains secteurs d'activité ne pouvaient matériellement pas être résorbés dans le délai de cinq mois courant entre l'adoption de la loi de modernisation de l'économie et l'entrée en vigueur du délai légal de paiement au 1<sup>er</sup> janvier 2009.

Le troisièmement de l'article 21 de la loi de modernisation de l'économie a ainsi ouvert la possibilité, pour les organisations professionnelles, de conclure un accord prévoyant une période de transition de trois ans au plus pour appliquer le délai légal de paiement.

Ces accords devaient être déposés auprès de la DGCCRF avant le 1<sup>er</sup> mars 2009 et satisfaire les deux conditions tenant à l'existence de raisons économiques particulières

## Pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence

au secteur demandeur, notamment au vu des délais de paiement et du niveau des stocks constatés, et à la mise en place d'un calendrier progressif de réduction des délais de paiement pour atteindre le délai légal au plus tard au 1<sup>er</sup> janvier 2012.

Chaque accord devait être soumis à l'avis préalable de l'Autorité de la concurrence avant d'être approuvé et généralisé à l'ensemble de la profession concernée par décret.

L'Autorité a ainsi été conduite à rendre 34 avis favorables sur des accords inter-professionnels en matière de délais de paiement au cours du 1<sup>er</sup> semestre 2009, qui sont retracés dans le tableau ci-dessous.

N° avis	Accord dérogatoire concernant le secteur d'activité
09-A-02	Bricolage
09-A-03	Jouets
09-A-04	Horlogerie-Bijouterie-Joaillerie-Orfèvrerie
09-A-06	Matériaux de construction et services pour le BTP
09-A-07	Electricité-Chauffage-Sanitaire (BTP)
09-A-08	Livre
09-A-10	Papeterie
09-A-11	Conserves alimentaires
09-A-12	Pneumatiques
09-A-13	Produits pour animaux de compagnie
09-A-14	Deux-roues
09-A-15	Jardins amateurs
09-A-16	Nautisme
09-A-17	Industrie graphique (consommables, papier)
09-A-18	Véhicules de loisirs (caravanes, etc.)
09-A-19	Activités manuelles et artistiques
09-A-20	Produits acier pour BTP
09-A-22	Agroéquipement (matériels agricoles)
09-A-23	Armes et munitions
09-A-24	Quincaillerie industrielle pour BTP
09-A-25	Emballages pour peintures, vernis, encres
09-A-26	Tonnellerie
09-A-27	Compléments alimentaires
09-A-28	Disques
09-A-29	Cuirs-Peaux
09-A-30	Textile-Habillement
09-A-31	Pisciculture
09-A-32	Optique-Lunetterie
09-A-34	Outillages pour l'automobile
09-A-36	Compléments alimentaires
09-A-37	Agrofourniture
09-A-38	Pêche de loisirs
09-A-39	Exploitation forestière
09-A-40	Articles de sport

Dans son analyse des accords dérogatoires, l'Autorité a souhaité faire preuve de pragmatisme, tout en tenant compte de la situation de la concurrence.

Ainsi, la période de dérogation ouverte par la loi jusqu'au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2012, devait véritablement être mise à profit par les entreprises pour réduire de

façon progressive et régulière les délais de paiement. L'Autorité a donc demandé aux entreprises et recommandé à la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, de réaliser un réel effort de réduction des délais dérogatoires dès l'année 2009, lorsque tel n'était pas le cas dans les accords proposés.

De même, l'Autorité a tenu compte de la mise en œuvre au quotidien des accords dérogatoires par les entreprises concernées, ainsi que de leur contrôle par l'administration et le juge pénal, en incitant les parties à simplifier des dispositifs de délais dérogatoires prévoyant un grand nombre de cas de figure.

Saisie de cinq accords différents dans la filière BTP, l'Autorité a obtenu que les quatre principaux (matériaux de construction, matériels électriques et sanitaires, deux accords existant pour la quincaillerie industrielle) soient unifiés sur une période de dérogation et des délais dérogatoires intermédiaires identiques. Seul l'accord relatif aux produits acier pour le béton n'a pas suivi ce calendrier unifié, en raison de la spécificité de ces produits, de leurs circuits de distribution et de leur utilisation.

À titre général, l'Autorité a recommandé à la ministre que le décret validant chacun des accords dérogatoires prévoit leur extension à toutes les entreprises partageant des conditions similaires d'exercice de leur activité.

Dans chaque cas d'espèce, l'Autorité a cherché à individualiser et à comparer ces conditions pour les différents circuits de commercialisation en présence (détaillants spécialisés indépendants, grandes surfaces spécialisées, grandes surfaces généralistes), afin d'apprécier le périmètre d'extension devant être recommandé à la ministre.

Parallèlement, chacun des accords a été examiné pour en écarter les clauses reflétant le pouvoir de marché d'une des parties à l'accord par rapport aux autres (par exemple, une dissymétrie dans la date d'application du délai légal selon qu'il s'agissait des fournisseurs ou des distributeurs). De plus, la correction ainsi demandée ne devait pas, dans un second temps, conduire la partie en position de force sur le marché en cause à obtenir une forme de compensation.

### ***Avis 09-A-35 du 26 juin 2009 portant sur le projet d'ordonnance relatif aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement***

L'Autorité de la concurrence a été saisie par la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi d'une demande d'avis sur un projet d'ordonnance relatif aux conditions régissant la fourniture de services de paiement, portant création des établissements de paiement et portant transposition de la directive n° 2007/64/CE du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

Après avoir examiné le cadre juridique, ainsi que les dispositions du projet d'ordonnance au vu de l'analyse économique de la concurrence dans les systèmes de paiement, national et étranger (notamment les expériences australienne et danoise), l'Autorité a émis un avis défavorable sur la transposition de l'article 52-3 de la

directive n° 2007/64/CE dans un nouvel article L. 112-11 du Code monétaire et financier. Elle a en effet considéré que, non seulement le projet d'ordonnance ne transposait pas correctement la directive n° 2007/64/CE, mais encore qu'il n'aurait pas pour effet d'encourager la concurrence entre les prestataires de services de paiement et entre les différents instruments de paiement proposés au public.

L'Autorité a notamment relevé qu'interdire aux commerçants de différencier leurs prix en fonction des instruments de paiement utilisés par leur clientèle risquait d'avoir pour résultat une répercussion sur les consommateurs des coûts des différents instruments de paiement de manière occulte, d'instaurer une « *subvention à l'envers* » au détriment des utilisateurs des instruments de paiement les moins coûteux et d'appauvrir l'offre d'instruments de paiement bon marché tout en réduisant l'acceptation des instruments de paiement les plus coûteux.

À l'inverse, elle a estimé qu'autoriser les commerçants à différencier leurs prix en fonction des instruments de paiement utilisés par leur clientèle aurait pour conséquence de faire prendre conscience aux consommateurs du véritable coût des différents moyens de paiement, d'arrêter la « *subvention à l'envers* » existant actuellement au détriment des utilisateurs des instruments de paiement les moins onéreux et de diversifier l'offre des instruments de paiement.

Finalement, l'Autorité a recommandé de ne pas modifier la loi française en ce qu'elle ne limitait pas, jusqu'alors, la faculté des bénéficiaires de paiement de différencier leurs prix en fonction des instruments de paiement utilisés. Elle a également suggéré de transposer le principe figurant dans la directive n° 2007/64/CE, selon lequel les prestataires de services de paiement ne peuvent insérer dans les contrats qu'ils font signer aux bénéficiaires de paiement, une clause limitant de quelque façon que ce soit leur capacité à prévoir des frais. Elle a enfin proposé une nouvelle rédaction des dispositions de l'ordonnance, autorisant les commerçants à surcharger et comprenant des mesures d'accompagnement destinées à prévenir d'éventuelles dérives, telles que l'interdiction de pratiquer des frais supérieurs aux charges subies.

### ***Avis 09-A-43 du 27 juillet 2009 relatif à un projet de décret concernant les tarifs réglementés de vente de l'électricité***

La ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi a saisi pour avis l'Autorité de la concurrence sur un projet de décret concernant les modalités de fixation des tarifs réglementés de vente de l'électricité, en application de l'article 4, I de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 et de l'article L. 410-2 du Code de commerce.

L'Autorité a rappelé que les objectifs à satisfaire au regard des règles de concurrence résultent de la directive n° 2003/54/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, de la loi du 10 février 2000, ainsi que de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence. Ces objectifs s'articulent autour des quatre points suivants : la transparence des règles tarifaires, la définition des bénéficiaires des tarifs, l'obligation d'équilibre financier de l'activité de vente d'électricité aux tarifs réglementés, ainsi que la procédure à suivre.

## **L'ensemble des éléments concourant à la fixation des tarifs doit figurer dans le décret**

L'Autorité a rappelé que la transparence en matière de tarifs réglementés est l'une des conditions d'exercice d'une concurrence effective entre fournisseurs d'électricité. Cette transparence est garantie par l'article 4 de la loi du 10 février 2000, qui dispose que les tarifs sont adoptés par décret en Conseil d'État, après avis de l'Autorité, l'ensemble des règles relatives au mode de calcul des tarifs et la procédure à suivre pour la fixation de leur niveau devant figurer dans ce texte. Le renvoi à un arrêté pour des éléments constitutifs essentiels du tarif aurait pour conséquence de priver les opérateurs et les consommateurs des garanties de procédure et de stabilité des règles fixées par décret. Or, l'Autorité a observé que le projet de décret ne définissait ni les catégories tarifaires ni les options tarifaires et n'encadrait pas ces dernières options. Elle a donc recommandé qu'il précise la définition des différentes catégories tarifaires, ainsi que les objectifs et les critères des options tarifaires.

## **Le périmètre des bénéficiaires des tarifs réglementés**

Au vu du nombre important de consommateurs se fournissant en électricité aux tarifs réglementés, l'Autorité a, de nouveau, souligné que les règles de fixation de ces tarifs doivent être exemplaires au regard des règles de concurrence.

## **Les tarifs réglementés doivent couvrir la totalité des coûts dont ils sont redevables**

L'Autorité a rappelé que l'objectif d'un texte portant sur les modalités de fixation des tarifs réglementés est d'éviter toute distorsion de fonctionnement du marché libre, du fait de tarifs réglementés qui ne correspondraient pas aux coûts totaux supportés par le fournisseur car, à défaut, le fonctionnement du marché serait faussé en créant une barrière à l'entrée de nouveaux opérateurs.

## **La règle de l'équilibre des tarifs réglementés**

L'Autorité a relevé que la règle de couverture des coûts des tarifs réglementés, posée à l'article 4, II de la loi du 10 février 2000, alliée au principe de séparation comptable de l'article 25 de la même loi, vise à garantir l'absence de subventions croisées entre activités réglementées et activités concurrentielles. Elle a donc recommandé que le projet de décret rappelle ce principe de l'équilibre financier de l'activité de vente d'électricité aux tarifs réglementés, compris comme l'orientation de ces tarifs vers les coûts encourus par le fournisseur.

## **Les coûts d'EDF ou des distributeurs locaux à reprendre dans les tarifs**

L'Autorité a observé que le projet de décret ne donnait pas une liste complète et exhaustive de la totalité des coûts à prendre en compte, dans la mesure où le recensement effectué dans le projet de décret était précédé de l'adverbe « *notamment* ».

Cette absence d'un recensement exhaustif des coûts à reprendre dans les tarifs réglementés est contraire à la loi du 10 février 2000, ainsi qu'à la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, et maintenant de l'Autorité, relative aux tarifs publics en matière d'électricité, de gaz ou de transport ferroviaire. L'Autorité a donc demandé la suppression de cet adverbe. Elle a également demandé que soient définies les modalités de prise en compte des coûts d'approvisionnement du fournisseur en électricité, par production ou achats.

### La périodicité et les modalités de révision des tarifs

L'Autorité a, enfin, recommandé que le projet de décret établisse la règle d'une révision, au moins annuelle, des tarifs réglementés par les ministres en charge de l'Économie et de l'Énergie, avec la possibilité d'un lissage des évolutions de coûts intervenues dans l'intervalle.

### *Avis 09-A-50 du 8 octobre 2009 relatif à un projet d'ordonnance modifiant certaines dispositions du Code du cinéma et de l'image animée*

L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis par la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, d'un projet d'ordonnance prévue par l'article 72 de la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, visant à modifier ou à créer dans le Code du cinéma et de l'image animée « *les dispositions législatives relatives à l'encadrement et à la régulation des rapports entre les différents acteurs économiques intervenant dans la diffusion des œuvres cinématographiques en salle et par les éditeurs de services de médias audiovisuels à la demande* ». Ces modifications devaient permettre, selon le rapport de présentation au président de la République, l'articulation du droit de la concurrence et du droit du cinéma, en améliorant « *les outils de régulation des relations entre détenteurs de droits et diffuseurs des œuvres au bénéfice de la création cinématographique* ».

Le texte soumis à l'avis de l'Autorité définissait un cadre général de régulation de l'activité cinématographique. Mais en renforçant le dispositif existant, il instituait une régulation concurrentielle, confiée en partie au Médiateur du cinéma, ayant pour effet d'extraire l'industrie cinématographique du droit commun de la concurrence.

Par conséquent, l'Autorité a émis un avis favorable au projet d'ordonnance, sous deux réserves importantes :

- premièrement, que soit modifié l'article L. 213-7 définissant les relations entre le Médiateur du cinéma et l'Autorité, afin que ce dernier ne dispose pas de compétences en matière de pratiques anticoncurrentielles et que soit ainsi préservée la compétence générale de l'Autorité pour traiter des questions de concurrence ;
- deuxièmement, que soit retirée la disposition concernant le calendrier prévisionnel de sortie des films en salle, compte tenu des dangers inhérents à la pratique anticoncurrentielle que constituerait ce calendrier, prohibée par l'article

L. 420-1 du Code de commerce et par l'article 81, paragraphe 1, du traité CE (article 101, paragraphe 1 du TFUE) et des incertitudes quant à la possibilité de justifier une exemption au titre des articles L. 420-4 du Code de commerce et 81, paragraphe 3, du traité CE (article 101, paragraphe 3 du TFUE).

Par ailleurs, l'Autorité s'est déclarée défavorable à toute forme de rémunération minimale garantie, comme le prévoyait le projet d'ordonnance, pour les distributeurs d'œuvres cinématographiques. Elle a préconisé, au contraire, des solutions négociées au cas par cas, préservant les mécanismes de marché et limitant les effets anticoncurrentiels.

L'Autorité a également recommandé :

- une formalisation du contrat de concession des droits de représentation des œuvres cinématographiques, souple et adaptée à la réactivité du marché. En effet, si le contrat écrit constitue un progrès dans l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles, en ce qu'il garantit une plus grande transparence et un plus grand équilibre des rapports commerciaux entre les contractants, un formalisme excessif nuirait à la réactivité des opérateurs aux incitations de la demande ;
- l'abandon de la notion de rémunération minimale dans le cas de la *video on demand* (VoD), dans la mesure où la VoD constitue un marché émergent sur lequel on ne dispose d'aucune donnée et où l'interférence avec la chronologie des médias apparaît particulièrement complexe ;
- s'agissant des cartes illimitées, une meilleure cohérence entre les données économiques fondant la rémunération garantie des exploitants associés et celles servant à établir le prix de référence, assiette de la rémunération des ayants droit.

### ***Avis 09-A-51 du 21 octobre 2009 relatif au projet de décret modifiant le décret n° 87-238 du 6 avril 1987 réglementant les tarifs des courses de taxi***

L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis par la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, d'un projet de décret modifiant le décret n° 87-238 du 6 avril 1987 réglementant le prix des courses de taxi, afin d'introduire un système de tarification forfaitaire pour certaines courses de taxi en région parisienne, au départ ou à destination des aéroports parisiens.

Cependant, en l'absence de précisions suffisantes sur le ou les objectifs poursuivis, sur la méthode d'évaluation retenue et sur le niveau auquel les forfaits pourront être fixés, l'Autorité n'a pas été en mesure de mener une étude circonstanciée des effets potentiels, sur les différents marchés susceptibles d'être affectés, de l'instauration de prix forfaitaires. Elle s'est donc bornée à émettre un avis favorable sur le principe de la mise en place d'un tel système de tarification, sans se prononcer sur l'incidence du projet de forfaitisation sur la concurrence.

Ce faisant, l'Autorité a constaté que la technique de la forfaitisation semblait contribuer à améliorer le fonctionnement des marchés en cause, soit en renforçant la sécurité du consommateur relativement au montant de la dépense engagée,

soit en opérant un rééquilibrage géographique de et de la demande, soit, enfin, en conduisant à une baisse des prix de la prestation de taxi. Ce système ne porte donc pas atteinte, en soi, au fonctionnement de la concurrence sur des marchés où celle-ci est déjà fortement réduite.

Cependant, l'appréciation positive ou négative du recours à la forfaitisation dépend largement de ses modalités de calcul et de son niveau : un forfait trop élevé pourrait nuire à l'objectif de baisse du prix moyen de la course, un forfait trop bas pourrait dissuader les taxis d'assurer un équilibre géographique de l'offre entre Paris et les aéroports parisiens. L'Autorité a, par conséquent, préconisé la fixation d'un prix « raisonnable » pour que le consommateur soit le bénéficiaire ultime de la forfaitisation en ce qui concerne, tant le niveau de prix de la course, que la disponibilité des taxis dans les aéroports parisiens et au centre de Paris.

Par ailleurs, l'Autorité a réaffirmé la nécessité de mettre en place un outil statistique de suivi de l'activité des taxis, en association avec la profession, afin d'évaluer l'état de l'offre et de la demande.

Enfin, l'Autorité a rappelé que le législateur a voulu que le Gouvernement s'appuie sur son expertise pour évaluer l'impact des mesures qu'il se propose de prendre sur le fonctionnement de la concurrence. Elle a donc manifesté le souhait d'être saisie à nouveau pour avis lorsque seront déterminées les modalités de calcul des forfaits et leurs niveaux de prix.

### ***Avis 09-A-52 du 29 octobre 2009 concernant un projet de loi relatif à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales***

L'Autorité de la concurrence a été saisie par la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi et le secrétaire d'État chargé de l'industrie et de la consommation, porte-parole du Gouvernement, d'une demande d'avis concernant un projet de loi relatif à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales.

Cependant, il n'a pas été possible à l'Autorité, compte tenu de la date à laquelle le texte lui a été transmis, de formuler son avis avant son examen par le Conseil d'État et son adoption par le Conseil des ministres. Aussi a-t-elle décidé de présenter des observations en vue du débat parlementaire, sur la version du projet de loi tel qu'il a été adopté par la commission de l'Économie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire, enregistrée à la présidence du Sénat le 21 octobre 2009.

Le titre II du projet de loi transposait en droit français la directive n° 2008/6/CE du 20 février 2008 modifiant la directive n° 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté.

Si la dernière phase de l'ouverture du secteur permet, en théorie, une concurrence sur l'ensemble des marchés, elle verra en pratique La Poste demeurer, à l'horizon de la prochaine décennie, un acteur prépondérant, au titre à la fois du service universel et de sa position concurrentielle sur les marchés. Dès lors, la mise en œuvre *ex post* du droit de la concurrence risque de ne pas être suffisante et l'intervention

d'un régulateur sectoriel indépendant demeurera indispensable pour faire respecter les trois principes essentiels suivants :

- les prestations de service universel doivent être efficacement contrôlées par le régulateur ;
- le régulateur doit bénéficier de l'information la plus exhaustive ;
- des conditions de compétition équitables doivent être offertes à La Poste et à ses concurrents sur le marché postal.

Dès lors, l'Autorité a formulé les remarques qui suivent.

## **Le contrôle efficace des prestations du service universel**

Le projet de loi prévoit de désigner La Poste prestataire du service universel pour une durée de quinze ans. Cette durée qui, même justifiée, est longue, doit avoir pour contrepartie la mise à disposition du régulateur de moyens efficaces de contrôle de la mise en œuvre du service universel, notamment au travers des tarifs.

L'Autorité a souligné la rupture d'égalité entre La Poste et ses concurrents concernant la durée des amortissements des actifs. Elle a estimé souhaitable d'harmoniser à quinze ans les durées de la désignation du prestataire du service universel et de l'autorisation d'exercice, ce qui permettrait d'envoyer un signal clair de la volonté d'ouvrir le marché postal et de traiter sans discrimination tous les opérateurs autorisés. L'Autorité a donc suggéré de modifier l'article 5-1 du Code des postes et communications électroniques (CPCE) en ce sens.

Quant au marché des envois postaux, le contrôle tarifaire du service universel tel qu'il est prévu dans le projet de loi (à savoir une simple information de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes [ARCEP] sur les tarifs et la compétence d'encadrement global par fixation d'un *price cap*) peut engendrer un risque de « *hausse fortes localisées* », ainsi que de subventions croisées au sein de ce service entre les prestations qui *de facto* n'attireront pas les concurrents et les autres.

Dans l'intérêt des consommateurs, l'Autorité a considéré que l'ARCEP doit avoir la possibilité de contrôler *ex post* les tarifs des prestations portant sur de petits volumes, en complément de la régulation par *price cap*, et d'inviter La Poste à les modifier, si elle juge qu'ils ne répondent pas aux obligations du service universel, en particulier à l'obligation d'offrir les services à un prix abordable.

Afin d'éviter les subventions croisées abusives, l'Autorité a considéré que l'ARCEP doit pouvoir appréhender les tarifs selon une maille raisonnablement fine en définissant, pour une période d'encadrement tarifaire, plusieurs sous paniers soumis à un mécanisme de *price cap*, avec la possibilité de distinguer non seulement envois en nombre et égrenés, comme le prévoit déjà l'article L. 5-2, 3° du CPCE, mais également les produits pour lesquels les consommateurs sont captifs et ceux pour lesquels il existe une concurrence.

D'autre part, l'Autorité a estimé nécessaire que le ministre en charge des Postes puisse, uniquement dans le champ du service universel, sur proposition de l'ARCEP

et après consultation de La Poste, imposer l'ajout d'une prestation au catalogue des prestations du service universel.

Si l'Autorité a considéré comme essentiel que soit garantie la pérennité du service universel, une référence à cet objectif a pleinement sa place dans l'article L. 2-2 du CPCE, qui traite de la mise en place du fonds de compensation et non dans le cadre du contrôle tarifaire exercé par l'ARCEP.

En ce qui concerne le contrôle tarifaire des contrats dérogatoires, l'Autorité a estimé que la loi, si elle supprime la référence aux coûts évités du service universel, doit la remplacer par une obligation d'orientation sur les coûts.

### L'information la plus large du régulateur

À l'heure de l'ouverture totale du secteur postal à la concurrence, et alors que La Poste disposera d'une plus grande liberté dans la fixation de ses grilles tarifaires, il est essentiel, en particulier pour assurer le bon fonctionnement des mécanismes de consultation croisée entre l'ARCEP et l'Autorité, que le régulateur sectoriel ait accès à une information exhaustive, à la fois tarifaire et comptable, en dehors du champ du service universel.

De l'information préalable la plus précise possible du régulateur, qui permettra à ce dernier de rendre un avis éclairé à l'Autorité, dépendent une prévention et une répression efficace des pratiques anticoncurrentielles. Si La Poste proposait, hors service universel, des prestations à un prix prédateur, le contrôle de droit commun de l'Autorité s'exercerait. Mais le fait que l'ARCEP soit informée, avant leur entrée en vigueur, des tarifs hors service universel et puisse saisir l'Autorité en cas de soupçon sur le niveau prédateur d'une nouvelle offre, aura un effet de dissuasion, ainsi que d'accélération de la procédure.

L'Autorité a estimé que la version de la loi en date du 21 octobre 2009 qui fait disparaître toute information préalable de l'ARCEP en dehors du champ du service universel n'est pas justifiée.

S'il n'est pas nécessaire à l'exercice de ses missions que l'ARCEP définisse les règles comptables en dehors du champ de la régulation postale, il semble en revanche absolument indispensable qu'elle ait accès à l'information la plus large sur la comptabilité analytique de La Poste, notamment sur les modalités d'affectation des charges communes aux activités postales et bancaires.

### Favoriser les conditions d'une concurrence loyale entre les prestataires autorisés

Transposant une directive qui procède à l'ouverture complète à la concurrence du secteur postal, la loi doit favoriser l'émergence d'une concurrence loyale entre le prestataire du service universel et les opérateurs postaux alternatifs. Pour l'Autorité, cela implique que l'accès au marché des opérateurs alternatifs ne soit pas entravé, que le financement d'éventuels surcoûts de service universel soit équitable et que La Poste ne soit pas non plus excessivement handicapée par les différentes obligations qui pèsent sur elle.

## Accès au marché

L'accès au marché passe par l'accès aux boîtes aux lettres, par l'accès aux moyens techniques détenus ou contrôlés par le prestataire du service universel et par la reconnaissance juridique des prestations des alternatifs.

L'Autorité a estimé souhaitable qu'il soit précisé que la mention « *envoyé en recommandé avec accusé de réception* » et, plus généralement, pour toutes les prestations, « *le cachet de La Poste faisant foi* » s'entendent des services offerts par tout opérateur autorisé.

## Service universel

Le service universel est financé actuellement par l'existence d'un secteur réservé. Toutefois, la loi de 2005 a introduit dans le CPCE la possibilité du recours à un fonds de compensation. Les versions du projet de loi des 29 juillet et 21 octobre 2009 précisent les contours de cet éventuel mécanisme de compensation, avec des différences. L'Autorité a considéré que la compensation éventuelle des surcoûts nets ne doit pas se limiter aux surcoûts nets des seuls envois de correspondance mais s'étendre à tout le champ du service universel et que les contributions doivent être assises sur les chiffres d'affaires.

## Obligations pesant sur La Poste

L'Autorité a considéré également que La Poste ne doit pas être excessivement handicapée par les différentes obligations qui pèsent sur elle, les éventuels surcoûts nets des missions de service public devant faire l'objet d'une compensation. L'Autorité a souligné la compensation de la mission d'accessibilité bancaire (à savoir l'obligation, pour La Poste, d'ouvrir un livret A à toute personne qui en fait la demande et à assurer gratuitement des opérations de domiciliation, de dépôt et de retrait). Par ailleurs, elle a salué la clarification du coût de la mission de service public et la volonté de mettre fin à la subvention du transport de la presse par La Poste. Cependant, une clarification demeure nécessaire pour la mission d'aménagement du territoire qui n'est pas entièrement compensée. L'Autorité a souligné qu'il existe une différence entre le réseau nécessaire pour remplir la mission d'aménagement du territoire et le réseau nécessaire pour la seule accessibilité au service universel et que ce surcoût doit donner lieu à une compensation spécifique.

Quant à la compensation intégrale de ces surcoûts auxquels fait face La Poste, l'Autorité a estimé qu'elle nécessite une évaluation indépendante. Ainsi, il paraît préférable que la mission de service public d'aménagement du territoire soit définie en termes de facilité d'accès aux points de contact et par des critères objectifs fixant le résultat à atteindre, au lieu de déterminer un nombre de points de contact toujours discutable. Une fois le réseau optimal défini pour répondre à cet objectif de résultat, le surcoût net pour un opérateur efficace pourrait être estimé.

Enfin, pour s'assurer que la compensation des missions de service public est équitable, particulièrement si la compensation doit être intégrale, les surcoûts nets d'un opérateur efficace doivent être évalués au moyen d'une comptabilité *ad hoc*,

en collaboration avec La Poste, par exemple par une commission indépendante faisant intervenir des représentants de la Cour des comptes et de l'ARCEP, afin de s'assurer qu'il n'y ait ni sous-compensation, ni sur-compensation.

### ***Avis 09-A-56 du 18 décembre 2009 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication portant sur le livre numérique***

Le ministre de la culture et de la communication a saisi l'Autorité de la concurrence pour avis au sujet des différents dispositifs susceptibles de permettre la mise en place d'un système de prix unique pour le livre numérique, à l'instar du système appliqué par la loi Lang de 1981 au livre imprimé.

Au regard du caractère encore embryonnaire du marché du livre numérique, l'Autorité a estimé qu'il était primordial de permettre aux acteurs d'innover et de tester le marché, et, par conséquent, de ne pas mettre en place de façon prématurée un cadre qui pourrait se révéler trop rigide ou rapidement obsolète et qui risquerait au final de ralentir le développement du marché.

### **Les objectifs poursuivis par le prix unique s'agissant du livre imprimé ne sont pas entièrement transposables au livre numérique**

Trois objectifs avaient présidé à l'adoption de la loi du 10 août 1981, dite loi Lang, qui prévoit que chaque livre papier a un prix fixé par l'éditeur : l'égalité des citoyens devant le livre, le maintien d'un réseau très dense de distribution et le soutien au pluralisme dans la création et l'édition. Compte tenu des caractéristiques propres au livre numérique, ces desseins ne lui semblent pas entièrement transposables. D'une part, la densité du réseau de libraires sur le territoire ne peut pas constituer un facteur d'accessibilité des consommateurs au livre numérique, celui-ci ayant vocation à être mis à disposition en ligne. D'autre part, la diversité de la création et sa mise en avant auprès du public paraissent pouvoir être naturellement favorisées dans un monde numérique, pour au moins deux raisons : la diminution du coût d'édition, de traduction et de diffusion des ouvrages et le phénomène de « *longue traîne* », qui favorise la coexistence d'un nombre considérable de références et parfois l'émergence de marchés de niche.

### **Le marché aujourd'hui embryonnaire doit se développer avant l'adoption de toute réglementation**

Ainsi, s'il peut être légitime de chercher à limiter les risques de préemption du marché par un ou plusieurs opérateurs pionniers, les premiers développements du marché laissent présager que ce risque est faible. C'est pourquoi l'Autorité a recommandé qu'une période d'observation soit respectée, durant laquelle aucun dispositif spécifique ne serait défini pour le livre numérique et où différents modèles pourraient cohabiter (fixation des prix par le détaillant ou par l'éditeur, système technique ouvert ou fermé de téléchargement du livre). Une période d'un à deux

ans permettrait d'évaluer les différents modèles et de bénéficier, au terme de cette phase d'observation, de retours d'expérience pour envisager la suite.

### **Différents modèles contractuels peuvent être explorés**

Dans son avis, l'Autorité a exploré plusieurs modèles contractuels qui pourraient régir les relations entre éditeurs et détaillants (contrat de mandat, contrat de courtier) et évalué leur compatibilité avec les règles de concurrence.

## **Fonctionnement concurrentiel des marchés**

### ***Avis 09-A-21 du 24 juin 2009 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer***

Saisie par le secrétaire d'État à l'Outre-mer sur la situation de la concurrence dans les départements d'outre-mer, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis concernant le secteur des carburants.

Dans les DOM, l'approvisionnement en carburants se fait au travers de mécanismes de monopole : monopole de l'achat, du fret, du raffinage et du stockage aux Antilles et en Guyane, ou seulement du fret et du stockage à la Réunion. C'est pourquoi ces prix sont réglementés. Mais les pouvoirs publics fixent également des plafonds pour les prix de détail des carburants afin d'éviter que l'insuffisance de concurrence sur l'approvisionnement ne conduise à une dérive des prix à la pompe.

Or, l'Autorité a constaté que la réglementation des prix des carburants s'était éloignée de ces objectifs initiaux. La régulation des prix des monopoles d'approvisionnement est insuffisante, car elle ne garantit plus l'absence de rente et le dispositif d'encadrement des marges de distribution et des prix de détail a été transformé en un système de prix unique aisément manipulable.

### **La régulation actuelle du secteur des carburants, qui repose sur la régulation des prix de détail, a échoué sur un double plan**

#### *Des prix maximaux devenus des prix minimaux*

Les prix plafond ont en fait fonctionné comme des prix imposés supprimant toute incitation pour les détaillants de pratiquer un prix inférieur. L'impossibilité pour chaque détaillant d'adapter ses prix de détail à ses contraintes économiques propres a conduit à demander périodiquement des revalorisations générales qui ont profité à tous.

Ce système a ainsi créé des rentes au profit des points de vente les mieux placés et les plus rémunérateurs, une partie de ces profits étant reversée aux pétroliers propriétaires des fonds de commerce mis en gérance.

La distinction entre marge de gros et marge de détail sur laquelle se fonde la réglementation est d'ailleurs artificielle puisque des systèmes de redevances, jouant dans

les deux sens, permettent des transferts entre détaillants et grossistes, vidant de son intérêt la fixation administrative des deux marges. Au surplus ce plafonnement administratif des marges n'a pas empêché leur dérive.

### *Effets pervers en matière de fiscalité*

L'Autorité a aussi relevé que la relative parité des prix de détail entre les DOM et la métropole sur le long terme (sauf en Guyane) malgré la dérive des prix hors taxes n'est obtenue qu'au prix d'une modération fiscale de la part des collectivités publiques. Or, les recettes manquantes sont compensées par la taxation d'autres produits, notamment des produits de consommation courante frappés par l'octroi de mer.

### Les propositions de l'Autorité

L'Autorité a proposé de renforcer la régulation amont, dans le but de mieux encadrer les monopoles et de garantir *in fine* des approvisionnements au meilleur prix. Pour l'achat des carburants, elle a proposé de réguler le prix d'approvisionnement en produits raffinés ou en produits bruts, en prenant pour référence des prix de marché indépendants des importateurs, et d'ouvrir l'importation des carburants aux opérateurs qui ne sont pas des compagnies pétrolières intégrées.

Pour le fret, elle a proposé de maintenir le système actuel de mutualisation du fret qui apparaît le meilleur en termes de coût, de sécurité et de régularité des approvisionnements. S'agissant d'une activité en monopole essentielle aux activités des distributeurs, les prix du fret doivent être impérativement orientés vers les coûts.

La conséquence de ces deux premières mesures serait la fixation par les pouvoirs publics du prix plafond des importations égal à la somme des deux prix régulés : produits raffinés + fret. Ce prix devrait être le seul prix de gros périodiquement réajusté par les préfets en fonction des cours mondiaux. Il devrait être rendu public afin de permettre aux usagers, aux associations de consommateurs et à toutes les parties prenantes, d'être informés des fluctuations du prix des produits avant imputation des marges de distribution.

Pour le stockage, l'Autorité a recommandé plusieurs mesures structurelles : elle a demandé d'interdire à un gestionnaire de facilité essentielle d'exercer une activité de distributeur aval – au sein de la même structure commerciale, ce qui devrait conduire à filialiser les activités de stockage ou à leur imposer une séparation fonctionnelle et comptable très stricte ; elle a aussi souhaité que tous les opérateurs, y compris ceux qui ne sont pas actionnaires de la Société anonyme de la raffinerie des Antilles (SARA), puissent aux Antilles accéder aux installations de stockage à un prix non discriminatoire ;

- par ailleurs, compte tenu des liens entre Shell et Total au sein de la Société réunionnaise des produits pétroliers, elle a demandé la filialisation complète des activités de stockage à la Réunion ;
- enfin, elle a recommandé de dénouer les liens structurels entre les réseaux de détaillants de Total et Shell qui devraient se retrouver en concurrence frontale sur le marché de la distribution.

L'Autorité a proposé de revoir le plafonnement des prix de détail en laissant au préfet la possibilité de les contrôler en cas de fonctionnement anormal du marché. Pour éviter la dérive des marges de détail, l'Autorité a recommandé la suspension de la publication des prix plafond. Cette suspension permettra aux plus petites stations de moduler leur prix sans entraîner une hausse générale des marges. Le préfet conservera la possibilité de publier par arrêté un prix maximal en cas de fonctionnement anormal du marché.

Pour assurer la fluidité du marché de détail, l'Autorité a recommandé de limiter à cinq ans les contrats de fourniture exclusive passés avec les détaillants indépendants (stations-service dont le fonds de commerce n'est pas la propriété de l'importateur-grossiste), d'inscrire dans les contrats la possibilité de racheter les installations fixes sans pénalité en cas de changement d'enseigne et de supprimer dans les contrats actuels les clauses de préférence de revente de l'activité au profit de l'enseigne sortante.

Enfin, l'Autorité a estimé qu'une période d'expérimentation de trois ans s'avère nécessaire afin d'observer les évolutions réelles du marché et de procéder aux ajustements indispensables.

### ***Avis 09-A-33 du 29 septembre 2009 relatif aux modalités de la vente de bois par l'Office national des forêts (ONF)***

Le Conseil de la concurrence a été saisi par la Fédération nationale du bois, la Fédération française des producteurs de pâtes de cellulose et l'Union des industries des panneaux de process, d'une demande d'avis relative à la vente de bois relevant du régime forestier public par l'Office national des forêts (ONF).

Ces organisations professionnelles demandaient que soient précisées les conditions dans lesquelles l'ONF pouvait recourir à la vente de gré à gré pour les ventes de bois relevant du régime forestier public.

L'Autorité de la concurrence, qui a succédé au Conseil de la concurrence, a relevé que l'ONF, établissement public à caractère industriel et commercial, est chargé de la gestion et de l'aménagement des forêts appartenant à l'État et de l'application du régime forestier aux bois appartenant aux collectivités locales.

L'Autorité a précisé que les activités de vente de bois au nom de l'État ou pour le compte de collectivités locales, distinctes de missions de service public et ne mettant pas en œuvre l'exercice de prérogatives de puissance publique, sont soumises aux règles de la concurrence. Par suite, elle a identifié les pratiques de l'ONF susceptibles de poser des questions de concurrence.

## **Les modalités de vente du bois**

S'agissant d'abord du recours aux ventes de gré à gré, l'Autorité a appelé de ses vœux le développement de la contractualisation, particulièrement utile pour établir des conditions convenables sur le marché en cas de déséquilibre des forces entre les acteurs de l'offre et de la demande. Elle a également précisé que, en soi, le

choix d'une modalité de vente plutôt que d'une autre relève de la stratégie commerciale et environnementale de l'ONF, mais aussi des demandes de ses clients. Ainsi, la coexistence de formules traditionnelles de ventes publiques et de négociations directes avec les acheteurs dans le cadre de ventes de gré à gré, ne pose pas, en elle-même, de problèmes concurrentiels, à condition qu'elle n'aboutisse pas à priver certains clients de l'accès à une ressource indispensable ou à instaurer une discrimination entre les clients.

S'agissant ensuite de l'information sur les volumes vendus, l'Autorité a observé que l'ONF pratiquait déjà, de manière informelle, une publicité et un appel à la concurrence. Elle a préconisé la systématisation de cette information préalable, sous une forme agrégée, qui permettrait à des acquéreurs potentiels de manifester leur intérêt pour un lot ou d'arbitrer entre la passation de contrats et la réponse à des adjudications ou à des appels d'offres dans des conditions égalitaires. Une telle information préalable aboutirait à une meilleure mise en concurrence des contractants potentiels.

S'agissant enfin de l'absence de responsabilité de l'ONF en cas de modification du contrat de vente de bois façonné à la mesure par suite du désengagement de collectivités territoriales ou de l'État, l'Autorité a relevé qu'elle découle du système mis en place et regretté que le texte n'exige aucune motivation du désengagement unilatéral.

### **Le projet de transfert des missions d'inventaire de l'Inventaire forestier national (IFN) au sein de l'ONF**

L'Autorité a souligné que ce projet de transfert présentait un double risque au regard du principe d'une concurrence non faussée : celui de l'accès de l'ONF à des données lui offrant une connaissance privilégiée du marché et, notamment, des demandes de ses clients potentiels ou de ses concurrents. L'Autorité a donc préconisé le maintien des missions de l'IFN et de l'ONF au sein de deux entités indépendantes. Elle a ajouté que si un rapprochement devait avoir lieu, il devrait plutôt être réalisé avec d'autres organismes ayant, par exemple, des missions d'inventaire, de cartographie ou de recherche. En tout état de cause, l'ONF devrait être traitée par l'IFN dans les mêmes conditions que n'importe quel propriétaire forestier privé.

### **La vente de bois à la filiale ONF Énergie**

L'Autorité a considéré qu'en l'état actuel du développement de l'énergie bois, l'existence d'ONF Énergie, filiale de l'ONF, ne privait pas les industriels concurrents de l'accès à la ressource. Toutefois, elle a précisé que, si le marché du bois utilisé comme énergie était appelé à se développer au cours des prochaines années avec une part prépondérante des approvisionnements venant des forêts gérées par l'ONF, et si les activités de la filiale ONF Énergie devaient augmenter dans des proportions importantes, il serait souhaitable de renforcer l'autonomie de fonctionnement et de décision de cette filiale.

## La comptabilité analytique

L'Autorité a réaffirmé la nécessité, pour l'ONF, de mettre en place une comptabilité analytique identifiant ses prestations concurrentielles, notamment, l'ingénierie forestière et la vente de bois, et ses prestations de service public, afin de lui permettre de justifier l'allocation de ses subventions à ses seules activités de service public et non à ses activités concurrentielles. Au vu des documents apportés dans le cadre de l'instruction, il n'a pas été possible à l'Autorité d'apprécier le caractère approprié de la comptabilité analytique dont l'ONF s'est doté en 2007.

### *Avis 09-A-42 du 7 juillet 2009 sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et activités de distribution de contenus et de services*

L'Autorité de la concurrence était saisie pour avis, par la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, des relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communication électronique et activités de distribution de contenus et de services.

Comme le prévoyait le plan gouvernemental « France Numérique 2012 », la ministre interrogeait l'Autorité sur la compatibilité avec les règles de concurrence des exclusivités d'accès par lesquelles certains fournisseurs d'accès à Internet (FAI) réservent à leurs abonnés des contenus très attractifs. Elle l'interrogeait également sur l'opportunité d'instaurer un cadre juridique spécifique, destiné à prévenir les risques de telles exclusivités.

### La double exclusivité : une question nouvelle

Les exclusivités sont fréquentes dans le secteur de la télévision payante. Mais celles mises en place par Orange à la suite de l'acquisition de contenus *premium* du type sport ou cinéma relèvent d'un modèle nouveau, appelé à se généraliser à d'autres contenus et à s'étendre à d'autres supports – ADSL aujourd'hui, fibre optique demain.

Ce modèle est celui de la double exclusivité : exclusivité de distribution, donnant lieu à un abonnement au service télévisuel lui-même et exclusivité de transport et d'accès, qui impose, pour accéder aux contenus, d'acquitter un abonnement à l'offre *triple play* du fournisseur d'accès Internet.

Ce sont les opportunités et les risques nés de ce modèle récent qu'a examinés l'Autorité dans son avis : ouverture possible du marché de la télévision payante, qui apparaît souhaitable ; fermeture probable du marché du haut et du très haut débit, qui se révèle très préoccupante – surtout si un tel modèle est imité par d'autres opérateurs et se généralise, dans la perspective du déploiement de la fibre optique.

### La situation actuelle du secteur de la télévision payante rend souhaitable l'entrée de nouveaux acteurs sur ce marché

La plupart des FAI ne sont pas en mesure de constituer des bouquets attractifs, principalement du fait des exclusivités de distribution dont dispose Canal +, et sont souvent cantonnés à un rôle de simple transporteur, en permettant à leurs clients de souscrire directement aux offres de Canal + France sur l'ADSL.

Un nouvel entrant sur le marché de la télévision payante se heurte à plusieurs difficultés pour acquérir les droits de nouvelles chaînes : le marché manque de transparence sur les dates auxquelles expirent les exclusivités ; le coût d'entrée peut être important puisque les détenteurs des droits lui demanderont de compenser la perte de rémunération qu'entraîne une distribution non exclusive.

Aussi, l'Autorité considère-t-elle que toutes les incitations qui peuvent favoriser l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché de la télévision payante ont *a priori* un effet positif, notamment pour les consommateurs, qui peuvent en attendre une baisse des prix, un accroissement de la diversité des contenus proposés, ainsi que l'accès à de nouvelles offres intermédiaires, plus accessibles en terme de prix que les offres *premium* haut de gamme de Canal + aujourd'hui proposées.

Mais, l'Autorité a estimé que la réponse doit être recherchée ailleurs que dans le modèle économique – contestable – de la double exclusivité revendiquée par Orange et cela pour trois raisons :

- d'abord parce qu'il existe d'autres propositions pour inciter à investir dans les contenus, moins dommageables pour la concurrence ;
- ensuite parce que la bonne réponse à une insuffisance de compétition en amont n'est pas d'encourager une stratégie qui peut avoir pour effet potentiel le verrouillage de la concurrence en aval ;
- enfin et surtout parce que l'imitation et la généralisation du modèle de la double exclusivité comportent des risques sérieux pour l'intensité de la concurrence et la liberté des consommateurs sur les marchés du haut débit et – demain – du très haut débit.

La double exclusivité entraîne en effet une restriction du choix du consommateur, qui ne peut plus avoir accès à tous les contenus attractifs, ou est obligé de payer beaucoup plus cher pour avoir un accès universel aux contenus. À terme, on peut redouter, si le modèle économique de la double exclusivité s'étendait à d'autres contenus attractifs ou était repris par d'autres opérateurs, un enfermement du consommateur au sein d'un « *écosystème fermé* ». Le consommateur resterait alors chez un opérateur télécoms uniquement ou principalement pour les contenus que celui-ci a acquis à titre exclusif.

Par ailleurs, en faisant l'acquisition de contenus *premium* et en les réservant à ses seuls abonnés Internet, la stratégie d'Orange comporte aussi le risque de déstabiliser le marché du haut débit au détriment des opérateurs concurrents. Si cette stratégie n'a pas eu pour l'instant pour effet concret de reprendre des abonnés à ses concurrents, elle a du moins pour objectif de fidéliser ses propres abonnés

puisqu'ils ne peuvent plus faire jouer la concurrence des autres fournisseurs d'accès Internet sans perdre les contenus auxquels ils sont attachés.

Si le modèle économique de double exclusivité se généralisait, il pourrait conduire à terme à un duopole tant sur le marché de la télévision payante que sur le marché du haut débit. Les opérateurs télécoms ne souhaitant pas, ou n'ayant pas les moyens de s'intégrer verticalement, ne pourraient se maintenir sur le marché du haut débit. Le risque serait alors grand que se confrontent deux opérateurs intégrés : Canal +/SFR, après la fin des engagements souscrits lors des récentes fusions, d'un côté, et Orange de l'autre.

## La position de l'Autorité

*L'exclusivité d'accès doit rester une solution exceptionnelle, strictement limitée dans sa durée et dans son champ*

S'il est nécessaire de maintenir, pour les opérateurs télécoms, les incitations à investir dans les contenus et à développer des services associés et interactifs, l'Autorité considère qu'il est souhaitable de limiter la durée d'exclusivité à un ou deux ans et d'en restreindre le champ aux véritables innovations de nature technique (services interactifs associés aux flux linéaires) ou commerciales (programmes innovants en linéaire venant enrichir la gamme des offres intermédiaires) pour lesquelles il y a lieu de faciliter l'apprentissage par les abonnés ou de tester le marché.

*L'autodistribution est une solution d'équilibre satisfaisante*

À la fin de l'éventuelle exclusivité d'accès, il semble compréhensible que le FAI ne souhaite pas rendre disponibles ses chaînes sur le marché de gros et les voir intégrées aux bouquets propriétaires des autres fournisseurs d'accès. Les incitations à investir dans les contenus seraient alors trop faibles pour un acteur non dominant de la télévision payante, puisque les autres distributeurs pourraient, sans prendre de risque industriel, intégrer directement les chaînes dans leurs bouquets propriétaires.

L'autodistribution permettrait en revanche à un FAI comme Orange de maîtriser la relation commerciale avec l'abonné et de développer son parc potentiel d'abonnés pour la diffusion la plus large, et donc la plus rentable, des chaînes. Pour les consommateurs, cette solution leur permettrait d'avoir accès à tous les contenus les plus attractifs sans être enfermés chez un FAI.

*La régulation du marché de gros des chaînes payantes reste un complément indispensable*

Un partage inéquitable de la valeur entre distributeurs de contenus et opérateurs de réseaux peut nuire à l'investissement, qui est nécessaire pour développer des services interactifs et déployer la fibre optique. Or cette question ne trouvera une solution satisfaisante sur le long terme qu'en développant la concurrence sur les marchés de la TV payante et non en limitant la fluidité des marchés du haut débit et du très haut débit.

C'est pourquoi l'Autorité appelle de ses vœux une évolution sensible des conditions actuelles de fonctionnement du marché de gros des chaînes payantes, en complément des limitations strictes qui doivent être imposées au modèle de la double exclusivité revendiqué par Orange.

### *Conclusion*

L'Autorité estime qu'il est nécessaire de fixer des règles du jeu claires pour, d'une part, définir les conditions très strictes de durée – un ou deux ans au maximum – pendant laquelle pourrait être tolérée une exclusivité d'accès réservée à des services innovants et, d'autre part, pour permettre une ouverture suffisante du marché de gros des chaînes payantes, notamment dans le domaine du sport et du cinéma, qui exigerait la régulation des montants et du champ des clauses d'exclusivité du distributeur dominant, ainsi que la pérennisation et l'extension des engagements qu'il a souscrits.

La clarté des règles du jeu est en effet un élément essentiel pour favoriser le dynamisme des différents acteurs, et donc l'investissement et l'innovation, à la fois dans le secteur de la télévision payante et dans celui des télécoms.

Certes, ces règles peuvent être imposées au cas par cas, au travers des décisions contentieuses que l'Autorité sera conduite à prendre sur les différentes plaintes dont elle est saisie. Mais leur définition prendra du temps, ne vaudra que pour les pratiques examinées – sans pouvoir fournir un cadre plus général et plus prévisible – et donnera lieu à des contestations incessantes.

Les jugements des tribunaux saisis ou les décisions de l'autorité de concurrence ne pourront jamais garantir – pas plus que celles, complémentaires, des régulateurs sectoriels – la même sécurité juridique que la norme écrite. Au moment où s'engage le déploiement massif de la fibre optique et donc du très haut débit, qui engendrera lui-même de nouveaux usages, l'Autorité s'est déclarée favorable à la mise en place d'un cadre législatif.

### ***Avis 09-A-44 du 29 juillet 2009 relatif au projet de mise en œuvre d'un service régulier de transport de personnes par navettes fluviales sur le bief de Paris***

Saisie par le Syndicat des transports d'Île-de-France (STIF), établissement public chargé de l'organisation des transports publics de personnes en Île-de-France, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis sur les conditions propres à assurer le respect des règles de concurrence lors de la mise en œuvre d'un service régulier de transport de personnes par navettes fluviales sur la Seine.

Le STIF envisageait, afin de compléter l'offre de transport collectif existante, de mettre en place à l'horizon 2010-2011 un service public régulier de transport de personnes par navettes fluviales sur la Seine.

L'Autorité a émis plusieurs recommandations afin que les règles de concurrence soient respectées tout au long du processus.

## **L'Autorité a rappelé au STIF la nécessité d'organiser une réelle mise en concurrence dans la procédure de sélection de l'opérateur en charge du futur service Voguéo**

Le STIF envisageait de recourir à la procédure de délégation de service public pour attribuer l'exploitation du service : l'opérateur choisi assumerait alors une partie du risque d'exploitation et se rémunérerait à partir des recettes d'exploitation. L'Autorité a appelé l'attention du STIF sur la nécessité de respecter – tant dans la procédure d'appel public à candidatures que dans la procédure d'attribution de la délégation – les principes d'égalité de traitement entre candidats, de transparence et de proportionnalité, et de garantir un degré de publicité adéquat en faveur de tout soumissionnaire potentiel, notamment au regard de la réglementation européenne en la matière.

## **Le lancement de Voguéo s'accompagnerait pour le STIF d'une série d'obligations nouvelles du fait de la situation de monopole de ce futur service**

L'Autorité a noté que le fait que la collectivité impose au futur opérateur Voguéo de pratiquer la tarification francilienne du transport public revient à lui conférer un monopole. En effet, cette tarification est telle qu'aucune entreprise non subventionnée ne pourrait proposer un service identique, compétitif en termes de prix. L'Autorité a appelé l'attention du STIF sur sa future responsabilité par rapport à d'éventuels concurrents de Voguéo, si ce dernier entendait à l'avenir développer de nouveaux services de transport (à contenu touristique notamment) sur des marchés connexes. En situation de monopole, il ne devrait pas abuser de son pouvoir de marché en fermant, par exemple, à des concurrents l'accès à ces marchés connexes : un opérateur privé qui souhaiterait développer un service de transport devrait pouvoir obtenir un accès aux embarcadères et recevoir les autorisations de navigation nécessaires, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires.

## **L'Autorité a invité le STIF à entamer une procédure de prénotification auprès de la Commission européenne afin de lever toute incertitude sur l'utilisation des subventions publiques**

L'Autorité a invité le STIF à se rapprocher des services de la Commission afin d'éviter que les ressources publiques affectées à Voguéo ne soient considérées comme des aides d'État au sens du traité CE, même si l'Autorité considère *prima facie* que ce risque est quasi inexistant.

### *Avis 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer*

L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis par le secrétaire d'État à l'Outre-mer de la situation de la concurrence dans les départements d'outre-mer. L'avis 09-D-45 relatif aux mécanismes d'importation et de commercialisation des produits de grande consommation dans les DOM constitue le second volet de la saisine, après l'avis 09-A-21 du 24 juin 2009 concernant les carburants.

Dans les DOM, la petite taille des marchés et leur éloignement des principales sources d'approvisionnement constituent des obstacles naturels à l'obtention de prix comparables à ceux observés en métropole. Aux surcoûts qui en résultent s'ajoute la taxe d'octroi de mer, perçue par les collectivités locales sur les importations et qui accroît mécaniquement les prix de vente aux consommateurs.

Cependant, ces spécificités ne suffisent pas à expliquer l'importance des écarts de prix constatés entre la métropole et les DOM pour les produits de grande consommation. Ainsi, selon les relevés effectués sur un échantillon de produits importés de métropole dans les quatre DOM, les écarts de prix en magasin avec la métropole dépassent 55 % pour plus de 50 % des produits échantillonnés, un pourcentage trop élevé pour trouver exclusivement sa source dans les frais de transport et l'octroi de mer. L'Autorité a identifié dans son avis plusieurs particularités des circuits d'approvisionnement des marchés domiens permettant aux opérateurs de s'abstraire partiellement du jeu concurrentiel, seul capable de faire baisser les prix en faveur du consommateur dans les départements d'outre-mer.

### **Une concurrence insuffisante dans les marchés de détail et de gros**

Selon l'Autorité, le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire dans les DOM est trop peu concurrentiel. Protégé par des barrières à l'entrée spécifiques (longueur des circuits logistiques vers les territoires ultramarins, rareté et prix élevé du foncier commercial), il présente un niveau de concentration élevé, certains groupes détenant des parts de marché en surfaces commerciales supérieures à 40 %, soit sur la totalité du département concerné, soit sur une ou plusieurs zones de chalandise.

Les comportements mis en œuvre par les opérateurs confirment ce manque de concurrence, qu'il s'agisse de la faible présence des marques de distributeurs dans les rayons ou de la quasi-absence de répercussion des marges arrière dans le prix de revente au consommateur.

La faible concurrence sur le marché de détail est d'autant plus préjudiciable au consommateur domien qu'en amont, les importateurs-grossistes auxquels fabricants et distributeurs font souvent appel sont, eux aussi, relativement préservés des pressions concurrentielles. En particulier, les pratiques d'exclusivité territoriale liant fréquemment fabricants et importateurs dans chaque DOM atténuent la capacité des distributeurs à arbitrer entre différents importateurs-grossistes ou entre

ces derniers et les industriels implantés en métropole, réduisant ainsi la concurrence entre produits d'une même marque, voire entre produits de marques différentes. Plus généralement, du fait de ces exclusivités, les distributeurs domiens ne peuvent finalement arbitrer qu'entre un nombre de fournisseurs plus restreint qu'en métropole. Le distributeur échouant ou n'étant pas incité à faire jouer la concurrence entre les importateurs-grossistes, ces derniers parviennent donc à prélever des marges commerciales conséquentes, qui oscillent entre 20 et 60 % pour un nombre élevé de références, voire approchent ou dépassent 100 %.

## **Les propositions de l'Autorité pour redynamiser la concurrence sur les marchés**

### *Réprimer d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles*

À l'occasion de l'examen de la demande d'avis, des pratiques mises en œuvre à différents niveaux de la chaîne importation-distribution et susceptibles de recevoir la qualification d'ententes anticoncurrentielles (telles que prix de revente imposés, ententes horizontales, exclusivités de clientèle et d'approvisionnement, restrictions au commerce parallèle) ont été portées à la connaissance de l'Autorité, qui engagera les enquêtes qu'elle estime nécessaires.

### *Fluidifier le jeu concurrentiel en supprimant les barrières réglementaires à l'entrée et en améliorant l'information du consommateur*

L'Autorité a préconisé de lever les obstacles réglementaires qui s'opposent à l'arrivée de nouveaux acteurs, condition nécessaire à la pleine mise en œuvre du processus concurrentiel. Outre les réformes déjà engagées dans le cadre de la loi de modernisation de l'économie, la suppression du contrôle exercé par les commissions départementales d'aménagement commercial (CDAC) sur les projets d'implantation de plus de 1 000 m<sup>2</sup> et la diminution des seuils de notification pour les opérations de concentration impliquant des grandes surfaces implantées dans les DOM sont de nature à promouvoir une structure du marché de la distribution de détail plus concurrentielle.

Par ailleurs, l'Autorité a estimé que les efforts mis en œuvre pour améliorer l'information des consommateurs sur les prix ou les politiques de prix des grands distributeurs doivent être poursuivis en tenant compte de plusieurs suggestions émises dans l'avis rendu public.

### *Mutualiser les circuits logistiques*

Parallèlement à ces recommandations de nature concurrentielle, l'Autorité a estimé nécessaire de travailler à l'amélioration des circuits logistiques entre la métropole et les territoires domiens. La segmentation de l'approvisionnement entre différents opérateurs et intermédiaires empêche la réalisation d'économies d'échelle tout en accroissant le cumul des marges à chaque stade de la chaîne d'approvisionnement. Les collectivités locales et l'État doivent donc mettre en place dans chaque DOM une mission d'études avec pour objectif de définir les modalités de création et de

fonctionnement de centrales d'approvisionnement et de stockage régionales, qui, par mutualisation des moyens, réduiraient les coûts et permettraient aux distributeurs de mieux faire jouer la concurrence entre fabricants et intermédiaires.

### *Revoir les dispositifs d'aides aux entreprises locales*

Enfin, l'Autorité a recommandé que soient réexaminés les dispositifs d'aides aux entreprises implantées dans les DOM, qu'il s'agisse de l'octroi de mer ou des exonérations de charges et des subventions versées aux industriels locaux. De telles mesures ne peuvent être justifiées que si leurs coûts à court terme, en termes de prélèvement ou de renchérissement des prix, sont compensés par le développement, à moyen terme, d'une industrie locale compétitive.

Or, les éléments recueillis tendent à indiquer que ces mesures d'aide sont, dans le contexte actuel, peu incitatives à l'amélioration de la compétitivité des entreprises locales, voire encouragent des prix élevés. Dans le cas des yaourts, du café ou de l'eau de source produits localement, des marges et des prix plus élevés que ceux des produits importés ou vendus en métropole ont été constatés, en dépit des aides et protections dont bénéficient les producteurs locaux.

De tels exemples incitent à envisager une suppression progressive de l'octroi de mer et à instaurer un mécanisme d'évaluation des différentes aides allouées, notamment en termes de compétitivité des entreprises locales.

En tout état de cause, l'Autorité a rappelé que la réglementation des prix n'est pas une solution aux problèmes de concurrence identifiés : en raison des risques de définition erronée des prix de vente, de revente ou des marges qu'elle comporte et des difficultés de mise en œuvre, elle doit demeurer une mesure d'exception portant sur des secteurs ou des étapes du circuit d'approvisionnement clairement identifiés sur lesquels le jeu de la concurrence est mis en échec. Or, dans le cas d'espèce, une réglementation des prix pourrait aggraver le déficit de concurrence déjà constaté sans pour autant parvenir à faire diminuer les prix de façon durable.

### ***Avis 09-A-46 du 9 septembre 2009 relatif aux effets sur la concurrence du développement de réseaux de soins agréés***

L'Autorité de la concurrence a été saisie par la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi d'une demande d'avis sur les risques et bénéfices éventuels sur la concurrence du développement de réseaux de soins agréés par les organismes complémentaires d'assurance-maladie (OCAM).

### **Des partenariats de plus en plus nombreux entre les OCAM et les professionnels de santé**

Les OCAM sont traditionnellement classés en trois catégories : les mutuelles régies par le Code de la mutualité, les sociétés d'assurance régies par le Code des assurances et les institutions de prévoyance régies par le Code de la sécurité sociale ou le Code rural. Ils jouent un rôle majeur dans quatre secteurs où

les remboursements du régime obligatoire sont faibles, voire inexistantes et où ils constituent les principaux contributeurs : l'optique, le dentaire, les médicaments non remboursés et l'audioprothèse.

De nombreux OCAM ont mis en place des partenariats – directement ou par l'intermédiaire de sociétés tierces qui agissent en qualité de plateformes (comme Santéclair pour AGF ou Itélis pour Axa) – avec certains professionnels de santé.

Ces partenariats reposent sur la combinaison d'engagements réciproques en ce qui concerne les prestations non soumises à régulation tarifaire :

- les professionnels de santé agréés s'engagent à fournir à un certain niveau de qualité des services rendus aux assurés, à mettre en place le tiers payant et à respecter une certaine modération tarifaire ;
- en contrepartie, les assurés de l'OCAM concerné sont orientés vers les professionnels de santé membres du réseau, ce qui leur assure un flux de clientèle régulier.

Le nombre de professionnels de santé concernés varie selon les réseaux et la profession exercée. À titre d'exemple, la MGEN compte 1 600 opticiens affiliés (sur un total d'environ 11 000) et 25 600 dentistes (sur un total d'environ 36 000 exerçant à titre libéral). Santéclair regroupe environ 1 350 opticiens affiliés, 3 200 dentistes, 600 pharmaciens (sur un total de 28 000 pharmaciens titulaires) et une centaine d'audioprothésistes (sur un total d'environ 2 250 dont 824 libéraux). Itélis compte à ce jour environ 1 500 opticiens et 3 300 dentistes et a conclu des accords avec trois enseignes d'audioprothésistes. Groupama recense près de 1 500 opticiens et 3 500 chirurgiens-dentistes.

*L'Autorité n'est pas hostile au principe de numerus clausus pour l'accès à ces réseaux, mais elle préconise l'application de critères d'admission transparents, objectifs et non discriminatoires*

Il existe deux types de réseaux : les réseaux ouverts et les réseaux fermés. Les réseaux ouverts accueillent tout professionnel de santé demandeur auprès des OCAM et remplissant les conditions définies conventionnellement (tarifs, qualité et gamme des produits, etc.). Les réseaux fermés limitent l'accès au réseau à un nombre limité de professionnels par zone géographique (*numerus clausus*), choisis selon des critères qualitatifs et tarifaires et sélectionnés, à critères égaux, pratiquement toujours selon l'ordre d'arrivée de leur candidature. Les seuls réseaux fermés existant actuellement sont les réseaux d'opticiens, lesquels sont en compétition serrée pour intégrer les réseaux existants.

Les conventions passées avec les gestionnaires de réseaux sont susceptibles de constituer le support de pratiques ayant pour objet ou pour effet d'exclure certains professionnels du marché. Aussi, l'Autorité a considéré qu'il était nécessaire d'observer une vigilance accrue quant aux garanties permettant de vérifier que le processus de sélection des professionnels de santé repose sur une concurrence par les mérites. Par ailleurs, l'Autorité a estimé que la durée des conventionnements devrait être limitée à trois ou quatre années afin d'assurer une fluidité suffisante

du marché. Elle a aussi recommandé que les conditions d'accès des professionnels de santé nouvellement installés soient clarifiées.

L'Autorité a étudié les conséquences éventuellement proconcurrentielles ou anti-concurrentielles du développement des réseaux de soins sur chacun des trois marchés suivants : en premier lieu, un ou plusieurs marchés amont d'adhésion aux réseaux de soins, en deuxième lieu, les différents marchés de biens et services de santé sur lesquels sont présents les professionnels de santé et les patients et enfin, un ou plusieurs marchés d'assurance-maladie complémentaire.

L'Autorité n'a pas identifié de risques majeurs pour les professionnels non sélectionnés sur le marché d'adhésion aux réseaux de soins, même dans les cas de réseaux fermés, aucun des conventionnements existants ne comportant de clause d'exclusivité et, de plus, le recours par les assurés aux professionnels membres des réseaux ne présentant aucune automaticité. Le poids des grandes enseignes dans l'optique ne doit pas non plus être négligé. Mais l'Autorité a considéré qu'il est nécessaire d'observer une vigilance accrue quant aux garanties permettant de vérifier que le processus de sélection des professionnels de santé repose sur une concurrence par les mérites. Par ailleurs, l'Autorité a considéré que la durée des conventionnements devrait être limitée (trois ou quatre années) afin d'assurer une fluidité suffisante du marché. Elle a aussi recommandé que les conditions d'accès des professionnels de santé nouvellement installés soient clarifiées. Elle a enfin demandé de veiller à ce que les conventions ne comportent pas de clauses d'exclusivité – qui pourraient limiter la possibilité pour des réseaux concurrents de pénétrer le marché – ni de clauses restrictives de concurrence.

*Si le risque d'homogénéisation des tarifs pratiqués au sein d'un même réseau ne peut être exclu, le développement de réseaux de professionnels de santé agréés par les OCAM apparaît comme plutôt proconcurrentiel*

Les marchés des soins dentaires et de l'optique se distinguent par une forte asymétrie d'information en défaveur des consommateurs, renforcée par l'interposition du mécanisme assurantiel. En effet, celui-ci conduit parfois, en particulier dans le cadre de remboursements complémentaires significatifs, à une relative indifférence de l'assuré aux prix pratiqués, ainsi qu'à une convergence entre les tarifs pratiqués par les professionnels et le montant maximal des garanties accordées par les OCAM. Par ricochet, une augmentation du niveau des primes d'assurance complémentaires peut en découler.

La mise en place de réseaux de professionnels agréés est précisément de nature à perturber positivement ce schéma. Axée, de fait, sur la régulation de l'offre et reposant sur une identité d'intérêts entre l'organisme complémentaire – qui cherche à mieux maîtriser ses coûts – et les assurés – qui souhaitent bénéficier d'un reste à charge nul ou limité et d'une prime d'assurance la moins élevée possible –, elle soumet les professionnels souhaitant être sélectionnés à l'obligation de respecter des engagements de modération tarifaire. Ainsi, à supposer qu'il y ait uniformisation des tarifs, il y a toute probabilité qu'il s'agisse, d'une uniformisation à un niveau sensiblement moindre qu'en l'absence de tout mécanisme de contractualisation.

En outre, le développement du conventionnement est susceptible d'engendrer un fonctionnement plus concurrentiel du marché dans la mesure où les professionnels non conventionnés par les OCAM seront incités à offrir soit des services supplémentaires (telles que des conditions de paiement différé), soit une qualité de services supérieure ou encore des tarifs attractifs, pour continuer à attirer des assurés.

L'Autorité a souligné qu'elle peut difficilement apporter de contribution sur la question concernant les moyens de garantir le caractère objectif des données qualitatives utilisées par les OCAM pour l'analyse des devis et la renégociation des prestations auprès des professionnels. En revanche, l'Autorité a appelé de ses vœux la mise en place de processus d'évaluation apportant effectivement des garanties d'objectivité, notamment par la prise en compte d'avis de plusieurs praticiens représentatifs de différentes sensibilités ou écoles médicales.

*Le consommateur final doit bénéficier d'une meilleure information pour être en mesure de faire jouer la concurrence*

Sur le marché de l'assurance-maladie complémentaire, l'Autorité a souligné que le modèle économique des réseaux de soins repose sur l'obtention d'avantages économiques sur les biens et services de santé en contrepartie d'une activité accrue chez les professionnels membres du réseau, ce qui permet aux OCAM de maîtriser ou de réduire les frais réels associés aux soins. Ces avantages et améliorations peuvent être transmis au consommateur final de diverses façons : réduction ou maîtrise des primes d'assurance, amélioration des garanties, limitation du reste à charge... Afin que les bénéfices que tirent les OCAM soient répercutés sur le consommateur final et que celui-ci choisisse son contrat d'assurance complémentaire santé de façon éclairée, il est important que la concurrence entre OCAM s'effectue sur des bases transparentes. Or, l'Autorité a souligné que la diversité des offres d'assurance, qui peut apparaître comme un facteur de saine concurrence, rend difficilement comparables les différents contrats d'assurance complémentaire santé sur le plan tarifaire. La difficulté que peut avoir le consommateur à choisir de manière éclairée son contrat d'assurance complémentaire santé risque d'être encore renforcée par la difficulté à apprécier les caractéristiques d'un réseau de soins par rapport à un autre. Il serait à cet égard bienvenu que les OCAM apportent des informations sur le nombre de professionnels de santé appartenant à leurs réseaux par secteur géographique dans leur communication commerciale.

***Avis 09-A-48 du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier***

La crise que connaît actuellement la filière laitière dans la plupart des pays européens, notamment caractérisée par une chute brutale des prix à la production (plus de 37 % entre septembre 2008 et avril 2009 en France), a conduit la commission des Affaires économiques du Sénat à solliciter, sur le fondement de l'article L. 461-5 du Code de commerce, l'avis de l'Autorité de la concurrence sur le fonctionnement de ce secteur. Cet avis a été rendu public, en annexe au rapport

d'information n° 73 (2009-2010) du 30 octobre 2009 et au compte rendu de l'audition du 28 octobre 2009 de Bruno Lasserre, président de l'Autorité.

L'avis émis par l'Autorité déconseille l'émission de recommandations de prix par l'interprofession, tant au niveau national que régional, celles-ci étant vraisemblablement inefficaces compte tenu de la concurrence internationale et présentant un risque juridique au regard des règles européennes de concurrence. L'Autorité a estimé préférable de privilégier des solutions qui, tout en étant conformes à ces règles, semblent mieux remédier aux dysfonctionnements du marché.

### **Le secteur laitier connaît des dysfonctionnements : forte volatilité des prix et déséquilibre des relations entre producteurs et collecteurs**

Comme de nombreux marchés agricoles, le secteur laitier est caractérisé par une demande globale relativement peu sensible au prix, mais également par une offre de court terme assez rigide. Ces rigidités entraînent une forte volatilité sur les prix des produits dits excédentaires que sont les produits industriels (beurre et poudre de lait), laquelle se répercute mécaniquement sur celle des prix à la production, car les produits industriels constituent la valorisation marginale du lait brut. Cette volatilité des prix est souvent déclenchée par des variations de l'offre ou de la demande au niveau mondial sur les produits excédentaires. Elle engendre une incertitude sur les recettes des éleveurs comme sur les coûts des transformateurs, ce qui pèse non seulement sur les investissements mais également sur la viabilité des entreprises.

Par ailleurs, la très grande majorité des producteurs français se trouve dans une situation de déséquilibre dans leur pouvoir de négociation vis-à-vis de leur collecteur : 70 % des producteurs vendent leurs produits à un acheteur qui compte au moins 500 autres producteurs. À titre d'exemple, Danone reconnaît acheter à 3 900 producteurs, dans ses fournisseurs de lait. Ce déséquilibre dans le pouvoir de négociation pourrait être sans conséquence si, comme dans certains pays, la collecte était essentiellement assurée par des coopératives puissantes dont le statut implique en principe qu'elles prennent en compte les intérêts des producteurs actionnaires. Mais en France, à peine 50 % de la collecte est assurée par des coopératives (elles ne représentent que 35 % du chiffre d'affaires des produits transformés), le reste relevant d'industriels privés.

### **Les recommandations de prix ne constituent pas une réponse adéquate pour résoudre ces dysfonctionnements et sont par ailleurs susceptibles de contrevenir au droit communautaire**

Pendant une dizaine d'années, les producteurs et les transformateurs (coopératives et industriels laitiers) ont diffusé *via* l'interprofession, trimestriellement, des recommandations d'évolution de prix. En avril 2008, la DGCCRF a averti le Centre national interprofessionnel de l'économie laitière (CNIEL) des risques qu'il encourait à poursuivre de telles pratiques. Un système intermédiaire a alors été envisagé, reposant sur la diffusion d'indices par le CNIEL, à partir desquels

les interprofessions régionales étaient chargées d'émettre elles-mêmes des recommandations de prix.

Depuis que la loi de finances pour 2009 a modifié le Code rural, la diffusion par l'interprofession d'indices d'évolution de prix n'est plus soumise aux dispositions du droit national prohibant les ententes. Cependant, de telles pratiques restent soumises aux règles communautaires de concurrence et semblent difficilement pouvoir faire l'objet d'une exemption ou d'une dérogation.

### **La contractualisation : une solution nécessaire entre les producteurs et les industriels**

L'Autorité a estimé qu'il était possible d'explorer d'autres pistes, la contractualisation apparaissant la solution la plus prometteuse.

Des contrats portant sur plusieurs années, définissant des volumes, des prix et les conditions de leur évolution à moyen terme et des éléments de qualité, devraient permettre de donner aux producteurs mais également aux transformateurs, une meilleure prévisibilité de leurs approvisionnements et leurs coûts. Ces engagements contractuels pourraient porter sur les volumes prévisibles destinés à être transformés en produits de consommation (par opposition aux produits industriels, nécessairement plus soumis au jeu de la concurrence internationale).

L'une des grandes difficultés de la contractualisation réside dans la multiplicité de fournisseurs qui approvisionnent les grands industriels privés. Il est donc nécessaire de déterminer avec qui le transformateur devra négocier le contenu des contrats. Une négociation concertée des prix de l'ensemble des acteurs au niveau national serait contraire au droit de la concurrence, mais l'extrême inverse, c'est-à-dire une négociation de chaque transformateur avec chaque producteur, limiterait inévitablement les bénéfices à attendre de la contractualisation en termes de restauration du pouvoir de négociation des producteurs.

La négociation avec le transformateur devra donc être menée par une offre regroupée au sein d'organisations de producteurs soit sur le modèle d'une coopérative, avec transfert de propriété, soit sur celui d'une association disposant uniquement d'un mandat la chargeant de commercialiser le produit. Un assouplissement de l'Organisation commune de marché (OCM) « lait » permettrait de sécuriser juridiquement cette seconde option.

### **Les autres pistes complémentaires**

#### *Le développement de marchés à terme*

Le développement de marchés à terme peut constituer une solution de lutte contre la volatilité, dans la mesure où ils permettent de mutualiser les risques non seulement entre les producteurs, mais également dans le temps, ce que ne permettent pas les simples regroupements d'offre en coopératives. S'il existe aux États-Unis un marché à terme (Chicago Mercantile Exchange) proposant des contrats sur le lait, le beurre et la poudre de lait, il n'en existe pas aujourd'hui en Europe (un projet européen, l'*European Milk Exchange*, est en cours de réalisation).

### *Une OCM plus souple*

Il est par ailleurs souhaitable d'assouplir les règles encadrant le secteur laitier, à l'instar de ce qui a été mis en place dans le secteur des fruits et légumes. Le secteur des fruits et légumes est régi par une OCM plus souple en matière d'organisation de la production que celle du secteur laitier. En effet, sous réserve qu'elle ne soit pas en position dominante, une association d'organisations de producteurs peut, sans transfert de propriété, être chargée par ses membres de la commercialisation des produits; elle peut également organiser des échanges d'informations ayant pour objet de régulariser les prix à la production, c'est-à-dire d'en limiter la volatilité. Une telle évolution faciliterait le renforcement du pouvoir de marché des producteurs dans la perspective du développement de contrats portant sur des volumes et des prix. Toutefois une évolution de l'OCM relève d'une décision européenne.

### *Le renforcement de l'offre et l'orientation vers les produits de qualité*

Avec ou sans évolution de l'OCM, il est de l'intérêt des producteurs de se grouper en coopératives suffisamment puissantes, y compris jusqu'au stade de la transformation, notamment pour développer la transformation en produits de qualité comme la production bio (déficiente au niveau français), les produits haut de gamme ou ancrés régionalement, moins soumis à la concurrence internationale.

### ***Avis 09-A-49 du 7 octobre 2009 relatif aux conditions de concurrence dans le secteur de l'assurance emprunteur pour le crédit immobilier***

Saisie par l'UFC-Que choisir sur le fonctionnement de la concurrence sur le marché de l'assurance emprunteur, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis dans lequel elle se montre favorable à l'abandon de la faculté, pour les banques, d'imposer leur contrat d'assurance de groupe à leurs clients lorsqu'elles leur consentent un crédit immobilier. Cette réforme permettrait de consentir à l'emprunteur une plus grande liberté de choix des contrats proposés. L'Autorité a considéré cependant qu'elle devrait être accompagnée de mesures complémentaires pour que cette liberté puisse véritablement s'exercer.

### **La demande de l'UFC-Que choisir**

Constatant que le cadre législatif actuel permet aux établissements de crédit d'imposer à leurs clients d'adhérer au contrat d'assurance emprunteur qu'ils commercialisent et que les banques exercent souvent des pressions afin de dissuader les emprunteurs de faire jouer la concurrence (manquement total ou partiel de l'établissement de crédit à son devoir d'information sur la possibilité de la délégation d'assurance, frais des délégations d'assurance disproportionnés lorsqu'elles sont acceptées, refus pur et simple de la délégation d'assurance), l'UFC-Que Choisir a sollicité l'Autorité pour qu'elle se prononce, d'une part, sur les effets de la législation sur le jeu de la concurrence et, d'autre part, sur les mesures propres à remédier aux dysfonctionnements constatés.

## La réforme de la législation actuelle est souhaitable pour renforcer la concurrence sur le marché de l'assurance emprunteur

Le fait pour un établissement de crédit d'imposer aux emprunteurs d'adhérer à son contrat d'assurance groupe non seulement restreint la liberté de l'emprunteur de souscrire un contrat à titre individuel, mais a aussi un effet restrictif sur l'accès d'autres compagnies d'assurance au marché de l'assurance emprunteur.

L'Autorité s'est donc déclarée favorable à une modification de la législation, laquelle était en cours lors de l'adoption de l'avis puisqu'un projet de loi prévoyant le découplage entre l'offre de crédit et l'offre d'assurance emprunteur était alors examiné devant le Parlement.

### Cette réforme pourrait s'accompagner de mesures complémentaires

#### *Renforcer l'information des emprunteurs*

Dans le cadre des discussions sur la réforme de l'assurance emprunteur, les établissements de crédit se sont engagés auprès de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, à mettre à la disposition des futurs emprunteurs une fiche d'information standardisée sur l'assurance emprunteur à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2009.

Cette fiche synthétique a pour objectif d'améliorer l'information de l'emprunteur sur les garanties et le coût de l'assurance et de lui permettre de comparer plusieurs offres. Elle doit mentionner les caractéristiques du prêt, les besoins de l'emprunteur, les garanties proposées, les frais mensuels, des conseils et un exemple chiffré de coût associé à la solution d'assurance proposée.

L'Autorité a suggéré que la diffusion de cette fiche soit imposée par la loi. Elle pourrait être remise, par exemple, en même temps qu'est fournie la première simulation de prêt, et avant l'envoi de l'offre prévu à l'article L. 312-10 du Code de consommation qui ouvre un délai de trente jours, afin d'assurer en temps utile la bonne information de tous les emprunteurs.

#### *Encadrer la possibilité pour l'établissement de crédit de refuser un contrat d'assurance individuel pour défaut de garanties équivalentes*

L'article 17 du projet de loi permet aux établissements de crédit d'exiger un contrat d'assurance présentant des garanties au moins équivalentes à celles contenues dans le contrat de groupe.

Si cette disposition est dans l'intérêt des prêteurs et des emprunteurs, l'Autorité a estimé cependant qu'il serait utile que, d'une part, le délai pendant lequel l'établissement de crédit peut refuser un contrat d'assurance autre que le sien pour défaut de garanties équivalentes soit précisé et que, d'autre part, ce refus fasse obligatoirement l'objet d'une motivation précise et circonstanciée.

Elle a considéré, par ailleurs, qu'il est important de veiller à ce qu'aucune variation du taux de l'emprunt en fonction de l'assurance emprunteur retenue ne soit possible. Enfin, tout en s'en remettant à la sagesse du législateur sur le point de savoir s'il faudrait interdire les « frais de délégation », l'Autorité a souligné que des

mécanismes d'appels d'offres, comme ceux déjà mis en œuvre par certains groupes bancaires, devraient permettre aux assureurs externes de faire référencer à l'avance des contrats-types par les établissements bancaires, évitant ainsi une bonne part du travail de vérification de l'octroi de garanties de niveau équivalent.

### ***Avis 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs***

La directive n° 2007/58/CE du 23 octobre 2007 prévoit la libéralisation des services ferroviaires internationaux de transport de voyageurs au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2010. Cette ouverture partielle du transport ferroviaire constitue la première étape d'un mouvement conduisant d'ici cinq à dix ans à la mise en concurrence totale du secteur ferroviaire.

Fortes des enseignements et des actions menées dans d'autres secteurs récemment ouverts à la concurrence, l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office pour avis avec, notamment, pour objectif de déterminer : « *d'une part, si d'éventuelles restrictions de concurrence relatives aux gares sont susceptibles d'avoir des répercussions sur le secteur des transports publics terrestres de voyageurs et/ou sur le marché de l'intermodalité, s'il existe ; d'autre part, si la diversification de l'opérateur historique nécessite que celui-ci prenne des précautions particulières afin de préserver la concurrence* ».

Même si la concurrence dans ce secteur se développera probablement de manière très progressive, il est utile d'anticiper les évolutions nécessaires pour que celle-ci soit effective au service des voyageurs et des entreprises.

### **Les gares ferroviaires occupent une place centrale dans la chaîne des transports. Leur gestion et les conditions d'accès des nouveaux entrants conditionnent le succès de l'ouverture à la concurrence du secteur**

Les gares ferroviaires présentent *a priori* les caractéristiques d'infrastructures essentielles au transport ferroviaire. Elles semblent en effet indispensables à un opérateur économique pour pouvoir offrir un service ou un produit sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel se trouvent ces infrastructures et ne sont pas répliquables dans des conditions de coûts acceptables.

Dans le cadre de l'ouverture à la concurrence, la SNCF va devoir garantir l'accès des nouveaux opérateurs ferroviaires aux gares afin que ces derniers puissent à la fois les desservir et bénéficier d'un certain nombre de prestations. La tarification de cet accès et de ces prestations constituera un élément déterminant pour ces opérateurs, tout comme l'allocation d'espace dans les gares.

Par ailleurs, les gares constituent le point de fixation des autres réseaux de transport et représentent de ce fait un enjeu sur les marchés connexes de transport public où la SNCF est également présente au titre de la diversification de ses activités.

## L'intermodalité, une exigence croissante de la part des collectivités

L'intermodalité – c'est-à-dire la capacité des opérateurs de transport à assurer des prestations permettant d'assurer une continuité entre les différents modes de transport et de rendre fluide et prévisible le trajet de l'utilisateur – est aujourd'hui devenue un élément d'appréciation incontournable des offres des transporteurs lors des appels d'offres de transport public lancés par les collectivités locales.

La SNCF est présente sur l'ensemble de la chaîne de transport, du train au vélo, en passant par les prestations liées au transport ou la gestion de parcs de stationnement. Elle continue d'étendre sa diversification sur les marchés connexes au transport ferroviaire, notamment par l'intermédiaire de Keolis, premier opérateur privé de transport urbain, qui occupe également une place majeure sur le transport interurbain, et dont elle était, au moment de l'avis, en train de prendre le contrôle.

Compte tenu de ces risques concurrentiels, l'Autorité a formulé plusieurs recommandations.

### Les recommandations de l'Autorité

#### *Revoir le système de gouvernance de la gestion des gares*

Le système de gouvernance de la gestion des gares envisagé par la SNCF n'est pas satisfaisant : il devrait être revu à l'instar des modèles qui ont été mis en place lors de l'ouverture à la concurrence des monopoles publics dans d'autres industries de réseau.

À la suite du rapport parlementaire remis au Premier ministre le 10 mars 2009 par M<sup>me</sup> la sénatrice Fabienne Keller, intitulé *La gare contemporaine*, la SNCF a annoncé la création d'une nouvelle branche dénommée Gares & Connexions, en charge de la gestion des gares ferroviaires. Si ce choix organisationnel n'est pas contraire aux dispositions régissant les activités ferroviaires, il n'apparaît pas pleinement satisfaisant : le fait que la SNCF n'ait pas rendu Gares & Connexions plus indépendant des activités concurrentielles de l'EPIC et que cette entité soit placée sous l'autorité directe du président de la SNCF n'apparaît pas de nature à offrir des garanties suffisantes de transparence de la gestion des gares, reposant sur d'autres facteurs que la seule bonne volonté de l'opérateur historique.

Afin de prévenir les risques liés à la détention par l'opérateur historique d'infrastructures essentielles, l'Autorité a donc recommandé que la gestion des gares fasse l'objet d'une séparation plus aboutie. Plusieurs modèles existent : la séparation de propriété, la séparation juridique ou encore la séparation fonctionnelle. Le modèle de simple séparation comptable mis en place par la SNCF ne saurait répondre aux enjeux induits par l'ouverture à la concurrence de ce secteur.

#### *Le futur régulateur sectoriel doit être doté du pouvoir d'examiner ex ante la tarification*

La tarification applicable aux entreprises ferroviaires utilisant les services en gare constitue un élément essentiel des conditions d'accès au marché. La justification

de ces tarifs doit pouvoir être vérifiée de manière indépendante afin d'évaluer la sincérité des coûts exposés par l'opérateur historique, et de garantir, pour les nouveaux entrants, la transparence des sommes qui leur seront facturées. À cet égard, l'Autorité a considéré que le futur régulateur sectoriel devrait être doté d'un pouvoir d'examen *ex ante* de ces tarifs au regard des coûts sous-jacents, afin de pouvoir apprécier s'ils répondent aux exigences réglementaires.

### *La stratégie de diversification de la SNCF doit faire l'objet de précautions particulières*

L'Autorité n'a pas remis en cause la stratégie de diversification de la SNCF, qui peut être un facteur d'animation de la concurrence sur les marchés où elle est présente, mais elle a considéré que cette stratégie devrait faire l'objet de précautions particulières, compte tenu de sa position extrêmement forte sur le transport ferroviaire.

La position de la SNCF sur le marché du transport ferroviaire de voyageurs est susceptible de fausser la compétition entre les filiales de la SNCF et leurs concurrents. La SNCF doit donc veiller à ne pas proposer aux autorités organisatrices une offre de transport intégrée verticalement qui présenterait un avantage concurrentiel significatif auquel les autres opérateurs de transport ne pourraient prétendre.

La SNCF, *via* Gares & Connexions, peut être amenée à délivrer des autorisations d'occupation temporaire du domaine public ferroviaire en vue d'exploiter des parcs de stationnement à proximité des gares. Afin de ne pas favoriser sa filiale Effia, elle devrait procéder de manière systématique à une mise en concurrence pour l'attribution de l'exploitation des parcs de stationnement situés sur le domaine public dont elle est affectataire.

L'opérateur historique doit également veiller à ne pas se livrer à des pratiques susceptibles d'être qualifiées de prix prédateurs. À cet égard, la puissance financière de la SNCF pourrait lui permettre de supporter dans le temps des pertes élevées dans le cadre de ses activités de diversification et, par conséquent, entraver la concurrence sur les marchés sur lesquels elle entend se diversifier.

Enfin, l'information en matière de transport ferroviaire influe sur la capacité des opérateurs de transport urbain ou interurbain de voyageurs à proposer aux autorités organisatrices des offres de transport public prenant en compte la dimension intermodale. C'est pourquoi l'Autorité a estimé indispensable que tous les opérateurs de transport urbain et interurbain répondant à un appel d'offres en matière de transport public puissent disposer des informations relatives au transport ferroviaire, et en particulier les horaires, dans une gare donnée. Ces informations doivent pouvoir être transmises dans des conditions non discriminatoires et sous format normé afin d'en permettre l'interopérabilité.

### *L'allotissement des appels d'offres est souhaitable pour stimuler la concurrence*

L'Autorité a, enfin, invité les autorités organisatrices à engager une réflexion sur l'allotissement de leurs appels d'offres de transport public, tout en prenant en

considération les intérêts des usagers. Si la délégation de la globalité d'un réseau de transport sur une agglomération permet, dans une certaine mesure, à l'entreprise délégataire de bénéficier d'économies d'échelle, elle peut également conduire à un appauvrissement de l'offre, tant du point de vue du nombre d'opérateurs candidats aux appels d'offres que de celui de la qualité des services proposés. Cet appauvrissement potentiel est d'autant plus à souligner dans le contexte de renforcement éventuel de la concentration du secteur. L'allotissement des réseaux, qu'il soit organisé suivant les modes de transports (métro, tramway, bus), ou bien par zone géographique, pourrait stimuler la concurrence, faciliter l'entrée de nouveaux opérateurs et l'émergence de nouveaux services.

L'avis 08-A-17 rendu par le Conseil de la concurrence le 3 septembre 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports est cité à plusieurs reprises. Sa lecture peut faciliter la bonne compréhension de l'avis 09-A-55.

## Avis rendus aux régulateurs

### *Avis 09-A-09 du 17 avril 2009 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros des services de diffusion audiovisuelle*

Sollicitée par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) sur le fondement du Code des postes et communications électroniques, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis sur la régulation du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle en France (marché 18/second cycle d'analyse 2009-2012). L'Autorité a considéré que la concurrence s'était affaiblie sur ce marché et que le droit commun de la concurrence ne pouvait suffire à lui seul à remédier aux obstacles identifiés pour la période concernée (2009-2012). Elle s'est donc déclarée favorable à la proposition de l'ARCEP de renforcer la régulation *ex ante* qui existait déjà sur ce marché.

### **La concurrence sur le marché français s'est affaiblie à la suite du rachat par TDF de deux de ses concurrents les plus actifs, Antalis et Emettel**

Depuis la précédente analyse menée à l'occasion du premier cycle (2006-2009), l'Autorité a constaté que la concurrence s'était affaiblie du fait du rachat par l'opérateur historique TDF des sociétés Antalis, en 2006, et Emettel, en 2008.

Antalis et Emettel figuraient, en effet, parmi les opérateurs les plus actifs sur les marchés de la diffusion et leur disparition récente a changé radicalement l'approche dynamique de la concurrence effective sur la période 2009-2012, la position de TDF se trouvant nettement renforcée.

Par ailleurs, l'Autorité a constaté le caractère particulièrement élevé des barrières à l'entrée sur le marché concerné, qui tiennent notamment aux délais et aux difficultés d'obtention des autorisations administratives nécessaires à l'installation d'antennes et au calendrier ambitieux de déploiement de la TNT prévu par le CSA. Le Conseil de la concurrence avait déjà été amené à intervenir dans le domaine de la diffusion au cours du premier cycle de régulation (décisions n<sup>os</sup> 07-MC-02 du 2 mai 2007 et 07-D-30 du 5 octobre 2007/aff. Emmetel; décision n<sup>o</sup> 07-MC-05 du 11 juillet 2007/aff. TowerCast). En outre, la loi de modernisation de l'économie a donné à la nouvelle Autorité de la concurrence de nouveaux moyens de régulation économique en matière de contrôle *a priori* des concentrations, ainsi que la possibilité d'intervenir *a posteriori* pour remettre en cause une opération de concentration qui aurait abouti à l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique (article L. 430-9 du Code de commerce). Toutefois, une régulation *ex ante* de l'ARCEP visant précisément les coûts de TDF s'avère nécessaire pour compléter l'action de droit commun de l'Autorité. Le nombre de sites concernés par le déploiement de la TNT (plus de 1 600) ne lui permettrait pas d'intervenir dans des délais compatibles avec le calendrier de déploiement de la TNT.

### **L'Autorité a considéré qu'il était légitime pour l'ARCEP de recourir à certains remèdes ex ante pour mettre en place, à titre transitoire, les conditions de marché aptes à faciliter le maintien d'une concurrence effective**

L'Autorité s'est déclarée favorable à la régulation envisagée par l'ARCEP qui vise à améliorer l'accès des concurrents aux sites non répliquables (113 sites ont à ce titre été identifiés par le régulateur sectoriel) par la mise en place d'une orientation vers les coûts, tout en incitant les concurrents de TDF à construire des sites alternatifs lorsque cela est *a priori* possible : près de 1 500 sites seraient ainsi potentiellement concernés.

Compte tenu du calendrier contraint de déploiement et du fait que les contrats de diffusion avec les éditeurs seront conclus au court du prochain cycle pour une période de cinq ans, l'Autorité a appelé l'attention de l'ARCEP sur la nécessité, dans sa décision finale, d'établir une liste de sites considérés comme non répliquables la plus complète possible, tenant compte de l'ensemble des barrières concrètes à l'entrée.

***Avis 09-A-47 du 22 septembre 2009 relatif au dispositif proposé par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en ce qui concerne les modalités de mutualisation de la partie terminale des réseaux à très haut débit en fibre optique***

L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) sur son projet de dispositif visant à définir les modalités de mise en œuvre de la mutualisation de la partie terminale des réseaux très haut débit en fibre optique.

**Le déploiement de la fibre optique constitue une étape décisive pour la dynamique concurrentielle du marché des communications électroniques**

Au-delà du progrès technologique que représente une boucle locale en fibre optique et des nouvelles potentialités qu'une telle infrastructure est susceptible d'offrir en matière de services, le déploiement, par les opérateurs alternatifs, de ces réseaux d'accès de nouvelle génération constitue une étape décisive dans la dynamique concurrentielle que connaît le marché des communications électroniques en France depuis son ouverture en 1997.

Le déploiement de boucles locales alternatives concrétise donc, dans cette perspective, une étape nouvelle et essentielle puisqu'elle permettra à terme aux opérateurs tiers de s'abstraire davantage des infrastructures de l'opérateur historique et en particulier de ne plus faire appel à son offre de dégroupage de la boucle locale cuivre.

**L'Autorité a estimé que le recours à l'architecture multifibres constituait une opportunité unique de ne pas reconstituer de goulot d'étranglement sur la partie terminale des réseaux FTTH, notamment au niveau des immeubles**

Dans les zones très denses, le dispositif prévu par l'ARCEP prévoit que l'opérateur d'immeuble sera soumis, en application de la loi de modernisation de l'économie, à une obligation d'accès pouvant le conduire, si les autres opérateurs présents le souhaitent, à installer dès le départ une fibre dédiée par logement pour chacun d'entre eux. De façon générale, l'ARCEP recommande que, dès lors qu'une fibre supplémentaire aura été demandée par un opérateur, l'opérateur d'immeuble installe systématiquement quatre fibres par logement.

L'Autorité a estimé qu'une telle solution présentait un grand nombre d'avantages. L'installation de fibres supplémentaires représente un surcoût relativement faible par rapport à une architecture monofibre et est neutre d'un point de vue technologique, que les opérateurs aient opté pour un déploiement de leur réseau de type point à point (une fibre par abonné de bout en bout) ou points à multi-points (réseau arborescent).

Elle permet à chaque opérateur alternatif de contrôler sa propre connexion avec l'utilisateur final et de demeurer indépendant. S'agissant du marché de détail, cette situation sera plus favorable aux consommateurs, qui pourront changer d'opérateur rapidement et sans interruption de service.

L'Autorité a donc émis un avis favorable aux projets de décision et de recommandation de l'ARCEP. Elle a par ailleurs invité cette dernière à encadrer les échanges d'informations entre acteurs qui sont nécessaires à la mutualisation et à veiller à ce que d'éventuels nouveaux entrants puissent pénétrer le marché. L'Autorité a enfin précisé qu'elle sera attentive aux conditions de mutualisation dans les zones moins denses, pour lesquelles les réflexions sont en cours.

### ***Avis 09-A-53 du 30 octobre 2009 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés des services de capacité***

L'Autorité de la régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence en vertu de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, dans le cadre du processus d'analyse des marchés pertinents, sur la définition de marché et la désignation des opérateurs exerçant une influence significative sur le marché des services de capacité.

Les services de capacité sont des capacités de communications électroniques qu'un client professionnel, entreprise ou administration, utilise pour relier entre eux ses différents sites. Ils se distinguent selon le type d'interface qu'ils utilisent et le débit qu'ils offrent vers chaque site.

Les marchés concernés sont le marché de détail auquel correspondent deux marchés de gros sous-jacents : celui du segment terminal et celui du segment interurbain.

Depuis le premier cycle d'analyse de marché de l'ARCEP, l'Autorité a considéré que les concurrents de France Télécom étaient désormais, par le déploiement d'infrastructures en propre et l'utilisation des offres de gros sous le contrôle de l'ARCEP, en mesure de concurrencer France Télécom dans des conditions satisfaisantes. Cette évolution du marché de détail des services de capacité vers une situation de concurrence effective est susceptible de justifier à elle seule la suppression de ce marché de la liste des marchés régulables.

Dans ces conditions, l'Autorité a émis un avis favorable à la proposition de l'ARCEP de lever la régulation du marché de détail des services de capacité, et les obligations correspondantes. L'imposition à France Télécom d'une obligation complémentaire d'information à l'ARCEP sur ses offres sur mesure permettra d'accompagner la levée du dispositif *ex ante* en facilitant la mise en œuvre du droit *ex post* qui s'y substitue.

L'Autorité a également estimé que, concernant les câbles sous-marins, le maintien de la régulation de la partie sous-marine semblait quelque peu artificiel dès lors que France Télécom ne possède pas de monopole de commercialisation sur les capacités sous-marines. Une régulation *ex ante* est en revanche justifiée en ce qui concerne les prestations de complément terrestre, pour lesquelles France Télécom conserve un fort pouvoir de marché lorsqu'il est membre d'un consortium et dispose à ce titre d'un monopole sur l'atterrissement. En tout état de cause, l'Autorité a invité l'ARCEP à revenir sur la situation particulière des Antilles à l'occasion du rapport que cette dernière doit rendre au Gouvernement.

### ***Avis 09-A-54 du 3 novembre 2009 relatif aux principes d'établissement de comptes séparés pour les ventes de gaz au client final de GDF***

La Commission de régulation de l'énergie (CRE) a saisi pour avis l'Autorité de la concurrence, en application de l'article 8 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003, sur les principes retenus par GDF pour établir des comptes séparés relatifs aux ventes de gaz naturel réalisées aux tarifs réglementés et à celles effectuées aux conditions du marché libre.

Le Conseil de la concurrence s'était prononcé sur une demande identique dans son avis 06-A-12 et avait, alors, souligné trois points insatisfaisants dans le dispositif de séparation comptable qui lui était proposé : une séparation comptable fondée sur la distinction juridique entre clients éligibles et clients non éligibles et non sur la nature de la vente ; l'absence de prise en compte par les tarifs réglementés des variations intervenues dans les prix d'approvisionnement en gaz de GDF ; enfin, les difficultés d'identifier les dépenses commerciales relatives à chaque type de clientèle.

L'Autorité a, ici, considéré que les principes de séparation comptable établis par GDF apparaissaient cohérents et suffisamment détaillés pour permettre d'apprécier les coûts respectifs des ventes de gaz aux tarifs réglementés ou en offres libres, comme le demande l'article 8 de la loi du 3 janvier 2003.

En revanche, elle a estimé que la présentation de ce dispositif n'était pas satisfaisante et demandé à GDF, sous le contrôle de la CRE, d'élaborer un document unique et rendu public, présentant et expliquant les principes comptables utilisés ainsi que leur impact éventuel sur le résultat obtenu, comme le ferait l'entreprise pour une annexe à ses comptes légaux. L'Autorité a rappelé que ce document répondait à une obligation légale spécifique, étant donné le caractère de mission de service public conféré par les lois de 1946 et 2003 à la distribution de gaz naturel à des tarifs réglementés par l'État. Elle a également indiqué que cette exigence de transparence était de nature à éviter les contentieux sur les tarifs.

### *Avis 09-A-57 du 22 décembre 2009 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur la montée en débit*

L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) sur une consultation publique relative à la montée en débit, portant sur la mise en œuvre de l'accès à la sous-boucle locale et sur son articulation avec le développement du très haut débit, en application de l'article L. 36-10 du Code des postes et communications électroniques.

Le document transmis pour avis à l'Autorité a, parallèlement, été soumis à une consultation publique et comporte une série de questions à l'attention des acteurs du secteur. Cette consultation devrait, selon l'ARCEP, lui permettre d'arrêter sous la forme de recommandations, les conditions effectives de mise en œuvre de l'obligation réglementaire d'accès à la sous-boucle pesant sur France Télécom, afin que cet accès puisse notamment constituer un outil d'intervention à la disposition des collectivités territoriales en matière de montée en débit.

Dans ce contexte, l'Autorité a rappelé que, au-delà du progrès technologique que représentent les nouveaux réseaux en fibre optique, le déploiement de ces réseaux constitue une étape décisive dans la dynamique concurrentielle que connaît le marché des communications électroniques en France. L'opportunité offerte aux opérateurs alternatifs de s'affranchir progressivement des infrastructures de l'opérateur historique pourra amener à terme à réduire le champ de la régulation sectorielle, notamment *ex ante*, au profit d'une seule régulation *ex post* par les règles du droit commun de la concurrence.

Compte tenu des risques concurrentiels, l'Autorité a donc recommandé aux pouvoirs publics de privilégier le déploiement de réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné et estimé que, dans l'attente de ces derniers, les projets de montée en débit au travers des solutions d'accès à la sous-boucle locale de France Télécom doivent être réservés à des situations exceptionnelles, et en priorité aux zones non dégroupables.

L'Autorité a, par ailleurs, indiqué que, au-delà de la responsabilité particulière qui incombe à France Télécom en raison de sa position concurrentielle, les collectivités territoriales doivent veiller à minimiser les risques de distorsion de concurrence, tant sur le marché des réseaux d'initiative publique que sur celui du haut débit. En ce qui concerne le premier de ces marchés, l'Autorité a recommandé aux acheteurs publics de rendre disponible toute information utile relative à la boucle locale de France Télécom à tout opérateur intéressé, avec le même degré de précision et dans les mêmes délais, ce qui suppose qu'ils aient accès à ces informations. Les collectivités pourraient également s'enquérir à l'avance de l'appétence des opérateurs de détail pour les projets de montée en débit qu'elles souhaitent lancer.

L'Autorité a, par ailleurs, invité l'ARCEP à rendre plus ostensible le cadre d'intervention des collectivités territoriales, tant en matière de montée en débit que de déploiement des réseaux très haut débit en fibre optique. Il serait regrettable que les collectivités mettent en œuvre les premières par défaut d'information sur les secondes. L'Autorité a enfin considéré qu'il appartient à l'ARCEP de s'assurer que les obligations existantes au titre de la régulation *ex ante* des marchés de gros du dégroupage et du *bitstream* sont suffisantes pour accompagner la montée en débit et, le cas échéant, les compléter.